HANS SCHUBACH

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547227_0003

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
HANS SCHUBACH
aus Hagen

1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. K l e i n

2. Berichterstatter: Prof. Dr. S c u p i n

Dekan: Prof. Dr. F i k e n t s c h e r

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964

Meinen lieben Eltern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEUDEN

Inhaltsübersicht

Seite

Abkürzungsverzeichnis
Literaturverzeichnis
Vorbemerkung

1. Hauptteil: Rechtsgrundlage des Art. 3 Abs.1 GG 4
   I. Rechtsprechung des BVerfG 4
   II. Kritische Stellungnahme 4
      1. Positivismus - Überpositivismus 4
      2. Anwendbarkeit des positiven-überpositiven Rechts 5

2. Hauptteil: Umfang der Schutzwirkung des Art.3 Abs.1 GG 8
   I. Rechtsprechung des BVerfG 8
   II. Kritische Stellungnahme 8
      1. Rechtscharakter der Grundrechte 9
         a) Reflexrecht - suvjektives öffentliches Recht 9
         b) Positives - negatives Statusrecht 11
      2. Schutzobjekte 13
         a) Alle Menschen 13
         b) Inländische juristische Personen 13
            ba) des Privatrechts 14
            bb) des öffentlichen Rechts 14
         c) Ausländische juristische Personen 17
         d) Nicht-Juristische Personen 18
            da) nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen 18
            db) Politische Parteien 2o

3. Hauptteil: Umfang der Bindung des Art.3 Abs.1 GG 22
   A) Bindung des Gesetzgebers 22
   I. Rechtsprechung des BVerfG 22

Seite

II. Kritische Stellungnahme 22
1. Auslegung nach dem Wortlaut 22
a) Begriff: Gesetz 22
b) Begriff: vor 23
c) Wortlaut der Abs. 2 u.3 24
2. Motive des Art.3 Abs.1 GG 24
3. Geschichtliche Entwicklung des allgemeinen Gleichheitssatzes 26
a) Paulskirchenparlament 26
b) Preußische Verfassung 27
c) Verfassung des Deutschen Reiches 28
d) Schweizer Bundesverfassung 29
e) Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika 29
4. System des Grundgesetzes 31
a) Bindung aufgrund Art.1 Abs.3 31
b) Bindung aufgrund Art.2o Abs.3 32

B) Bindung der Rechtsanwendung und Rechtsprechung 33

4. Hauptteil: Inhalt des Art. 3 Abs.1 GG 34

I. Rechtsprechung des BVerfG 34
1. Allgemeine Gleichheit 34
2. Wahlgleichheit 34
3. Steuergleichheit 35

II. Kritische Stellungnahme 35
1. Inhaltsbestimmung aus dem Wortlaut des Art.3 Abs.1 GG 35
2. Inhaltsbestimmung aus der Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs.1 GG 35
3. Inhaltsbestimmung aufgrund einiger Meinungen der Rechtslehre 36
a) Der Gleichheitssatz als Verbot von Ausnahmegesetzen 37
b) Der Gleichheitssatz als Gebot persönlicher Rechtsgleichheit 37
c) Der Gleichheitssatz als Willkürverbot 38
d) Der Gleichheitssatz als Gerechtigkeitsgebot 38
e) Der Gleichheitssatz als Verbot unsachgemäßer Differenzierungen

Seite

4. Rechtsphilosophische Untersuchung des Gleichheitssatzes 4o
a) Abgrenzung der Gleichheit von Identität und Ähnlichkeit 4o
b) Formelle und materielle Gleichheit 42
c) Arithmetische und geometrische Gleichheit 44
d) Verhältnis von Gleichheit und Gerechtigkeit 45
da) ausgleichende Gerechtigkeit 47
db) generelle gesetzliche Gerechtigkeit 48
dc) austeilende Gerechtigkeit 49
dd) Ergebnis 49

5. Schlußfolgerungen 5o
a) Allgemeine Gleichheit 5o
b) Wahlgleichheit 51
ba) Stellung der Individuen im Wahlrecht 54
bb) Stellung der politischen Parteien 55
bba) Vorbereitung der Wahl 56
bbb) eigentliche Wahl 57
c) Steuergleichheit 58
ca) Kodifizierung der Steuergleichheit in Art.3 Abs.1 GG 58
cb) Inhalt der Steuergleichheit 59

III. Erläuternde Entscheidungen 6o
1. Allgemeine Gleichheit 6o
2. Wahlgleichheit 61
3. Steuergleichheit 61

5. Hauptteil: Verletzung des Art.3 Abs.1 GG 62

A) Durch Akte des Gesetzgebers 62

I. Allgemeine Gleichheit 62
1. Rechtsprechung des BVerfG 62
a) Möglichkeiten einer Verletzung 62
b) Grundlage für die Beurteilung 63
c) Kriterien der Verletzung 63

Seite

2. Kritische Stellungnahme 64
2a) Möglichkeiten einer Verletzung 64
aa) Absolute Unterlassung 65
bb) relative Unterlassung 66
2b) Grundlagen der Beurteilung 68
2c) Kriterien der Verletzung 68
aa) Begriff des Ermessens 69
bb) Grenzen der gesetzgeberischen Handlungsfreiheit 72
1. Willkür 72
a) im subjektiven-objektiven Sinne 73
b) Willkür - Ungerechtigkeit 74
c) Willkür - Unvernunft 76
2. Mißbrauch 78
3. Nichtbeachtung der Grundsatznormen der Verfassung 79
4. Außerachtlassen einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise 8o
5. Nichtberücksichtigung der Zweckmäßigkeit für das Recht selbst 82
6. Nichtbeachtung der Natur der Sache 84
7. Gewährleistungsschranken der Grundrechte 9o
a) Begriffsfestlegungen 9o
b) immanente sachliche Schranken 9o
c) Systematische sachliche Schranken 9o
d) immanente und systematische persönliche Schranken 91
8. Vorbehaltungsschranken der Grundrechte 92
a) verfassungsunmittelbare Schranken 92
b) verfassungsmittelbare Schranken 93

Seite

9. Menschenwürde 93
1o. Zwischenergebnis 94
11. Verletzungskriterien in Verbindung mit einem konkreten Fall 94
a) Nichtberücksichtigung von Besonderheiten 95
aa) Gerechtigkeitsprinzip 96
ab) Grenzen der Differenzierung 97
aba) Menschenwürde 98
abb) entscheidende Wesensmerkmale 99
b) Umfang sowie Art und Weise des Eingriffs 1o3
c) Handlungsfreiheit des Gesetzgebers 1o4
d) Willkürverbot 1o8
2d) Schlußfolgerung 111

II. Wahlgleichheit 112
1. Rechtsprechung des BVerfG 112
2. Kritische Stellungnahme 112

III. Steuergleichheit 115
1. Rechtsprechung des BVerfG 115
2. Kritische Stellungnahme 115

IV. Erläuternde Entscheidungen 117
1. Allgemeine Gleichheit 117
a) Tatsächliche Verschiedenheiten 117
b) Willkür 12o
c) Handlungsfreiheit (Ermessensspielraum) 122
d) Sachgerechte Regelung 123

2. Wahlgleichheit 131
Differenzierungen 131

V. Aus der Rechtsprechung des BVerfG's sich ergebende Fragen 134
1. Das richterliche Prüfungsrecht 134
a) Aufgliederung der Staatsgewalt 135
aa) Geschichtliche Einleitung 135
ab) Gewaltentrennung 136
ac) Gewaltenhemmung 139

Seite

b) Verhinderungsmöglichkeiten gegen Übergriffe 141
ba) Beschränkung durch das GG 142
bb) Einflußnahme durch Richterwahl 142
bc) Richteranklage 143

2. Handlungsgrundsätze des BVerfG 145
a) Art.3 Abs.1 GG als Auffanggrundrecht 146
b) Eingriffsberechtigung bei Überschreitung der äußersten Ermessensgrenzen 147
c) Berichtigungs- oder Ergänzungsverbot der vorgelegten Vorschrift 149

3. Justitiabilität des Art.3 Abs.1 GG 15o
4. Politisierung des BVerfG 154

B) Durch Akte der Rechtsanwendung 159

I. Rechtsprechung des BVerfG 159
II. Kritische Stellungnahme 159

1. Anwendbarkeit der entwickelten Grundsätze auf Handlungen der Rechtsanwendung 159
a) Ermessen 159
b) Selbstbindung der Verwaltung 163
c) Tätigkeit im Rahmen der Daseinsvorsorge 164
2. Verhältnis von unrichtiger Rechtsauslegung und Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG 165

III. Erläuternde Entscheidung 169

C) Durch Akte der Rechtsprechung 17o

I. Rechtsprechung des BVerfG 17o
II. Kritische Stellungnahme 17o
III. Erläuternde Entscheidungen 174

Abkürzungsverzeichnis

Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
Betrieb	Der Betrieb
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Bonner Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BWahlG	Bundeswahlgesetz
Diss.jur.	juristische Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift (ab 1950: JZ)
DV	Deutsche Verwaltung (ab 1950: DVBl)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
FA	Finanzarchiv
FR	Finanzrundschau
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Gen.G.	Genossenschaftsgesetz
Halbs.	Halbsatz
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift (ab 1945: NJW)
JZ	Juristen-Zeitung
l.Sp.	linke Spalte
NJW	Neue juristische Wochenschrift
OBG	Nordrhein-Westfalen. Gesetz über den Aufbau und die Befugnisse der Ordnungsbehörden
OVG	Oberverwaltungsgericht

Pr.Verw.Bl.	Preußisches Verwaltungsblatt
RdA	Recht der Arbeit
r.Sp.	rechte Spalte
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (seit 1950:JZ)
St.u.W.	Steuer und Wirtschaft
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. August 1919
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Abraham, Hans Jürgen	in Kommentar zum Grundgesetz, Hamburg (Heitmann) ab 1950. zit.: BK.
Aldag, Heinrich	Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung. Diss.jur. Kiel 1925
Anschütz, Gerhard	Die Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat, Berlin (Häring) 1912. zit.: Verfassungsurkunde.
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. unveränderter Nachdruck Bad Homburg vor der Höhe (Gentner) 1960. zit.: Verfassung.
Apelt, Willibalt	Zum Bedeutungswandel des Gleichheitssatzes, DRZ (JZ) 1946 S.69
Apelt, Willibalt	Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 Abs.1 GG, JZ 1951 S. 353
Apelt, Willibalt	Betrachtungen zum Bonner Grundgesetz, NJW 1949 S.481.
Aristoteles	Nikomachische Ethik, übersetzt von Franz Dirlmeier, Berlin (Akademie Verlag) 1956.
Arndt, Adolf	Das Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1951 S.298
Arndt, Adolf	Umwelt und Recht, NJW 1961 S.2007
Bachof, Otto	Anmerkung zum Urteil des OVG Münster v. 17. Oktober 1950 - II A 474/50 -, JZ 1951 S. 119

Bachof, Otto	Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen, NJW 1952 S.242
Bachof, Otto	Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München (Isar) 1955 S.287. zit.: Gedächtnisschrift
Bachof, Otto	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955 S.97
Bachof, Otto	Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen (Mohr) 1959. zit.: Grundgesetz
Beck, James, M.	Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin-Leipzig (de Gruyter) 1926
Bender, Bernd	Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg (Albert) 1956
Bericht	Bericht über den Verfassungskonvent von Herrenchiemsee vom 1o. bis 23. August 1948. München (Pflaum) 1948. zit.: Herrenchiemsee-Entwurf
Bettermann, Karl August	Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 1. Juli 1954 - 1 BvR 361/52 -, DVBl. 1955 S.21
Bettermann, Karl August	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter in Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Die Grundrechte Bd. 3 S.523 Berlin (Dunker u. Humblot) 1959
Böckenförde, Werner	Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters. Diss. jur. Münster 1957

Bötticher, Eduard	Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht. RdA 1953 S.161
Bötticher, Eduard	Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg (Selbstverlag der Universität) 1954
Breiholdt, Hermann	Das Grundrecht der Gleichheit vor dem Gesetz in Art.1o9 Abs.1 der Reichsverfassung. Pr.Verw.Bl.1925/26 S.11o
Brinkmann, Karl	Grundlegung der Rechtsphilosophie. Bonn (Bouvier) 196o
Brockhaus	Der große Brockhaus, 16. Aufl. Wiesbaden (Brockhaus) 1952
Brugger, Walter	Philosophisches Wörterbuch, 5.Aufl. Freiburg (Herder) 1953
Buchholz, Fritz	Gleichheit und Gleichberechtigung in Staats- und Völkerrecht, Diss. jur. Göttingen 1937. zit.: Buchholz S.
Buchholz, Fritz	Hypothekengewinnabgabe und Gleichheitssatz. NJW 1954 S.217
Bühler, Ottmar	in Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg (Heitmann) ab 195o. zit.: BK
Bühler, Ottmar	Steuerrecht, Grundriss in zwei Bänden, 1.Aufl. Wiesbaden (Gabler) 1951
Bühler-Strickrodt	Steuerrecht, Grundriss in zwei Bänden, 3.Aufl. Wiesbaden (Gabler) 1959
Burckhardt, Walter	Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung. Bern (Stämpfli u.Cie) 1931
Coing, Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin (de Gruyter) 195o

Curti, Eugen	Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz. Diss.jur. Bern 1888
Dix, Wolfgang	Das Grundrecht der Gleichheit und die Rechtsetzung. Diss. jur. Marburg 1931
Drath, Martin	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 9, Berlin (de Gruyter 1952. zit.: Drath (9).
Dürig, Günter	Art.2 und die polizeiliche Generalermächtigung. AöR n.F. Bd.79 S 57
Dürig, Günter	Gleichheit Staatslexikon, Bd.3, 6.Aufl. Freiburg (Herder) 1959
Echterhölter, Rudolf	Zehn Jahre Bundesverfassungsgericht. BB 1961 S. 1o17
Ehrensberger, Otto	Verfassungsrechtliche Fragen im Grenzgebiet zwischen kommunaler Selbstverwaltung und freier Wirtschaft. DÖV 1956 S.129
Eisenmann, Hellmut	Die richterliche Nachprüfung von Rechtssetzungsakten nach dem Bonner Grundgesetz. Diss.jur. Tübingen 1951
Engel, Ludwig	Die Rechtsprechung des Hessischen Staatsgerichtshofes. JZ 1951 S.241
Engelhardt, Dieter	Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat. JöR n.F. Bd. 8 S.1o1
Ermacora, Felix	Verfassungsrecht und Richterspruch. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 44. Karlsruhe (Müller) 196o

Ernst, Eberhard	Die Rechtsprechung des BVerfG zum Steuerrecht. Steuer und Wirtschaft 1958 S. 777
Eschenburg, Theodor	Staat und Gesellschaft in Deutschland. Stuttgart (Schwab) 1956)
Fechner, Erich	Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts. Tübingen (Mohr) 1956
Federer, Julius	Die Rechtsprechung des BVerfG. JöR n.F. Bd.3 S.15
Feneberg, Hermann	Bundeswahlgesetz. 3.Aufl.München (Jehle) 1957
Fleiner-Giacometti	Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Zürich (Polygraphischer Verlag) 1949
Forsthoff, Ernst	Zur verfassungsrechtlichen Stellung und inneren Ordnung der Parteien. DRZ (JZ) 1950 S.313
Forsthoff, Ernst	Anmerkung zum Urteil des OVG Lüneburg zum Landeswahlgesetz Schleswig-Holstein. AöR n.F.Bd.76 S.369
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, 8.Aufl. München und Berlin (Beck) 1961
Freund, Ernst	Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, in: Das öffentliche Recht der Gegenwart Bd.12 Tübingen (Mohr) 1911
Friedrich, Carl J.	Der Verfassungsstaat der Neuzeit. Berlin, Göttingen, Heidelberg (Springer) 1953
Friedrichs, Karl	Gleichheit vor dem Gesetz. JW 1927 S.425

Fuss, Ernst Werner	Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger. DVBl. 1958 S. 739
Fuss, Ernst Werner	Gleichheitssatz und Richtermacht. JZ 1959 S. 329
Fuss, Ernst Werner	Freiheit und Gleichheit des Parteienwirkens. JZ 1959 S. 392
Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. Berlin, Frankfurt a.M. (Vahlen) 1952. zit.: Geiger Komm.
Geiger, Willi	Der Gleichheitsatz und der Gesetzgeber. Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, herausgegeben von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer. Stuttgart (Kohlhammer) 1957. zit.: Geiger, Gleichheit.
Geiger, Willi	Grundrechte. Staatslexikon 3.Bd. 6.Aufl. S.1122. Freiburg (Herder) 1959. zit.: Staatslexikon.
Geiger, Willi	Grundrechte und Rechtsprechung. München (Fustet) 1959. zit.: Grundrechte.
Geiger, Willi	Gerechtigkeit. Staatslexikon 3.Bd. 6.Aufl. S.78o. Freiburg (Herder) 1959. zit.: Gerechtigkeit.
Giese, Friedrich	Verfassungsrechtlicher Status des Abgeordneten im Verfassungsstreit. Diätenkürzung bei Doppelmandat zu 2 BvK 1/54 in AöR n.F. Bd.81 S.1o4
Giese-Schunck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 5.Aufl. Frankfurt a.M., Kommentator, 196o

Hamann, Andreas	Zur Rechtsprechung zu den Art. 2 und 3 GG. DÖV 1952 S. 132
Hamann, Andreas	Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Heidelberg (Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft) 1953. zit.: Rechtsstaat
Hamann, Andreas	Zum Investitionshilfe-Urteil (4/7) BB 1954 S. 781
Hamann, Andreas	Willkür im objektiven Sinne, NJW 1956 S.37o
Hamann, Andreas	Anmerkung zum Urteil 2 BvE 2/56 (6/84). NJW 1957 S.377
Hamann, Andreas	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über den Gleichheitssatz. NJW 1957 S.2
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz. 2. Auflage, Neuwied, Berlin (Luchterhand) 1961
Hanraets, Ph.J.	Ist die heutige Familienbesteuerung verfassungsmäßig? FR 1961 S.47
Hartz, Wilhelm	Die neue Rechtsprechung zur Ehegattenbesteuerung. Der Betrieb 1958 S. 261
Hatschek, Julius	Deutsches und Preussisches Staatsrecht. Bd. 1 Berlin (Stilke) 1922
Heegner, Wilhelm	Die Entscheidungen des BVerfG und BGH zum Gesetz 131. NJW 1954 S.898
Hesse, Konrad	Der Gleichheitssatz im Staatsrecht. AöR n.F. Bd.77 S.167
Hesse, Konrad	Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 17. Berlin (de Gruyter) 1959

von der Heydte, Friedr. August	Freiheit der Parteien. Neumann - Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte Bd.2 S.457. Berlin (Dunker und Humblot) 1954
v.Hippel, Ernst	Zur Auslegung des Artikels 1o9 Abs.1 der Reichsverfassung. AöR n.F. Bd.1o S.124
v.Hippel, Ernst	Das richterliche Prüfungsrecht. Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 2 S. 546. Tübingen (Mohr) 1932. zit.: Prüfungsrecht
v.Hippel, Ernst	Ungeschriebenes Verfassungsrecht. Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 1o. Berlin (de Gruyter) 1952
Holtkotten, Hans	in Kommentar zum Grundgesetz. Hamburg (Heitmann) ab 195o. zit.: BK.
Huber, Ernst Rudolf	Bedeutungswandel der Grundrechte. AöR n.F. Bd. 23 S.1
Huber, Ernst Rudolf	Wirtschaftsverwaltungsrecht. Bd.1 u.2 Tübingen (Mohr) 1953. zit.: Huber I bezw. II.
Huber, Ernst Rudolf	Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. DÖV 1956 S.172
Hübschmann-Hepp-Spitaler	AO-Kommentar. Köln (Schmidt) ab 1951
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd.2, 6.Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. (Vahlen) 1955
Jahrreiss, Hermann	Die staatsbürgerliche Gleichheit. Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd.2.Tübingen (Mohr) 1932
Jakob, Otto	Kommunalrecht in Bewegung. NJW 196o S. 1929

Jellinek, Georg	System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen (Mohr) 1919. zit.: System
Jellinek, Walter	Gesetz, Gesetzesanwendung, Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen (Mohr) 1913. zit.: Gesetz
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht. 3.Aufl. Berlin (Springer) 1931. zit.: Verw.Recht 1931
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht. Unveränderter Nachdruck der 3.Auflage. Offenburg (Lehrmittelverlag) 1950. zit.: Verw.Recht 1950
Jerusalem, Franz W.	Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung. SJZ 1950 S.2
Jerusalem, Franz W.	Das Urteil des BVerfG über den Südweststaat-Streit. NJW 1952 S.45
Jesch, Dietrich	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen. AöR n.F. Bd. 82 S. 163
Ihering, Rudolf von	Der Zweck im Recht. Bd.1, 3.Aufl. Leipzig (Breitkopf und Härtel) 1893
Ipsen, Hans Peter	Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit. DV (DVBl.) 1949 S. 486
Ipsen, Hans Peter	Die richterliche Prüfungszuständigkeit. Deutsche Landesreferate zum III.int. Kongress für Rechtsvergleichung in London 1950. Tübingen (Mohr) 1950. zit.: Prüfungszuständigkeit
Ipsen, Hans Peter	Über das Grundgesetz. Hamburg (Selbstverlag Universität) 1950. zit.: Grundgesetz

Ipsen, Hans Peter	Gleichheit. Neumann, Nipperdey, Scheuner: Die Grundrechte Bd.2 S. 111. Berlin (Dunker und Humblot) 1954. zit.: Gleichheit
Kaufmann, Erich	Die Gleichheit vor dem Gesetz. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 3. Berlin und Leipzig (de Gruyter) 1927
Kaufmann, Erich	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 9. Berlin (de Gruyter) 1952
Kipp, Heinrich	Das Grundrecht der Kriegsdienstverweigerung. Festschrift für Laforet S. 83. München (Isar) 1952
Klein, Friedrich	Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien. Breslau (Marcus) 1934. zit.: Garantien
Klein, Friedrich	Bundesverfassungsgericht und Südweststaatsfrage. AöR n.F. Bd. 77 S.452
Klein, Friedrich	Rechtsgutachten über verfassungsrechtliche Fragen des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 2. März 1955 - betreffend Lohngleichheit von Mann und Frau. Düsseldorf (Rechtsverlag) 1955. zit.: Rechtsgutachten
Klein, Friedrich	Der Beschluß des BVerfG zur Ehegattenbesteuerung in verfassungsrechtlicher Sicht. DÖV 1957 S. 567
Knöpfel, Gottfried	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. NJW 1960 S. 553

Koellreutter, Otto	Deutsches Staatsrecht. Stuttgart, Köln (Kohlhammer) 1953
v. Krause, Rupprecht	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Hamburg (Appel) 1955
Krüger, Hildegard	Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich rechtlicher Gruppenrechte. DVBl. 1955 S. 178
Küchenhoff, Günther	Gleichheit und Ungleichheit im Verfassungsrecht. JR 1959 S. 281
Küchenhoff, Günther und Erich	Allgemeine Staatslehre. 4.Aufl. Stuttgart (Kohlhammer) 1960. zit.: Staatslehre
Lange, Hans Richard	Die Frage der Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze. NJW 1962 S. 417
Lechner, Hans	Bundesverfassungsgerichtsgesetz. München und Berlin (Beck) 1954
Lechner, Hans	Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. München und Berlin (Beck) 1957. zit.: Ergänzungsband
Lechner, Hans	Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers. NJW 1955 S. 1817
Leibholz, Gerhard	Die Gleichheit vor dem Gesetz. AöR n.F. Bd. 12 S.1
Leibholz, Gerhard	Gleichheit und Allgemeinheit der Verhältniswahl nach der Reichsverfassung und die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes. JW 1929 S. 3042
Leibholz, Gerhard	Volk und Partei im neuen deutschen Verfassungsrecht. DVBl.1950 S.194

Leibholz, Gerhard	Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz. DVBl. 1951 S. 193
Leibholz, Gerhard	Strukturprobleme der modernen Demokratie. Karlsruhe (Müller) 1958. zit.: Strukturprobleme
Leibholz, Gerhard	Die Gleichheit vor dem Gesetz. 2. Aufl. München und Berlin (Beck) 1959. zit.: Gleichheit
Leisner, Walter	Grundrechte und Privatrecht. München und Berlin (Beck) 1960
Loewenstein, Karl	Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten. Berlin, Göttingen, Heidelberg (Springer) 1959. zit.: Verfassungsrecht
Loewenstein, Karl	Verfassungslehre. Tübingen (Mohr) 1959. zit.: Verfassungslehre
Mainzer, Otto	Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht. Berlin (Springer) 1929
v. Mangoldt, Hermann	Das Bonner Grundgesetz. 1.Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. (Vahlen) 1953
v.Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz. 2.Aufl. Berlin, Frankfurt a.M. (Vahlen) 1957
v.Mangoldt, Hermann	Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes. AöR n.F. Bd.75 S.273
Mattern, Karl Heinz	Petitionsrecht. Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte Bd.2 S. 623. Berlin (Dunker und Humblot) 1954

Matz, Werner	Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. (Art.3) IöR n.F. Bd.1 S.66. Tübingen (Mohr) 1951
Mallmann, Walter	Anmerkung zu einer Entscheidung des Badischen OVA in DRZ (JZ) 1950 S.411
Maunz, Theodor	Rechtsgutachten zur Frage, ob Tarifverträge dem Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau unterworfen sind. Düsseldorf (Rechtsverlag) 1956, zit.: Rechtsgutachten
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht. 10.Aufl. München und Berlin (Beck) 1961.
Maunz-Dürig	Grundgesetz. Lieferung 1 - 5. München und Berlin (Beck) 1961.
Menger, Christian Friedrich	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Verwaltungsarchiv Bd.51 S.64
Meyer-Anschütz	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 7. Aufl. Leipzig (Duncker und Humblot) 1919.
Meyer Arndt, Lüder	Verfassungsrechtliche Fragen der mittelbaren Staatsfinanzierung politischer Parteien. DöV 1958 S. 885
Morstein-Marx, Fritz	Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes. Berlin-Grunewald 1927.
Müller, Gebhard	Bundesverfassungsgericht und Wirtschaftsverfassungsrecht. Juristenjahrbuch. Bd.2 Köln-Marienburg (Schmidt) 1961/62. zit.: Müller Gebhard.

Müller, Wolfgang	Ist die heutige Familienbesteuerung verfassungsmäßig? FR 1961 S.49
Münch, Ingo v.	Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen. AöR u.F Bd.85 S.27o
Nass, Klaus Otto	Wahlorgane und Wahlverfahren bei Bundestags- und Landtagswahlen. Göttingen (Schwartz) 1959.
Nawiasky, Hans	Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 1o9 der Reichsverfassung. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 3. Berlin und Leipzig (de Gruyter) 1927, zit.: Nawiasky (3).
Nawiasky, Hans	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Stuttgart (Kohlhammer) 195o.
Nawiasky-Leusser	Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.Dezember 1946. München (Biederstein) 1948.
Nawiasky-Lechner	Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.Dezember 1946. Ergänzungsband. München (Beck) 1953.
Nef, Hans	Gleichheit und Gerechtigkeit. Zürich (Polygraphischer Verlag) 1941
Nelson, Leonhard	System der philosophischen Rechtslehre. Leipzig (Der neue Geist) 192o
Nipperdey, Hans Carl	Bundesverfassungsgericht und Wirtschaftsverfassung. Festschrift für Alexander Rüstow. Köln 196o

Parlamentarischer Rat	Verhandlungen des Hauptausschusses. Bonn 1948/49, zit.: Parlamentarischer Rat HA.
Paulick, Heinz	Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Festschrift für Ottmar Bühler. Köln (Schmidt) 1954, zit.: Grundsatz.
Peters, Hans	Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel. Festschrift für Rudolf Lann. Hamburg (Giradet) 1953, zit.: Festschrift.
Peters, Hans	Der Streit um die 131er-Entscheidungen des BVerfG. JZ 1954 S. 589.
Peters, Hans	Die Gewaltentrennung in moderner Sicht. Köln und Opladen (Westdeutscher Verlag) 1954, zit.: Gewaltentrennung.
Peters, Hans	zu Drath, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 9 S.117. Berlin (de Gruyter) 1952.
Planitz, Hans	Zur Ideengeschichte der Grundrechte. Nipperdey, Hans Carl, die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung Bd. 3 S. 597. Berlin (Hobbing) 1930.
Pohl, Heinrich	Das Reichstagswahlrecht. Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd.I S. 387. Tübingen (Mohr) 1930.
Radbruch, Gustav	Die Natur der Sache als juristische Denkform. Festschrift für Rudolf Lann. Hamburg (Giradet) 1953.
Radbruch, Gustav	Rechtsphilosophie. 4.Aufl.herausgegeben von Erik Wolf.Stuttgart (Koehler) 1950.

Raiser, Ludwig	Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht. ZHR Bd.111 S.75
Rebmann, Kurt	Das richterliche Prüfungsrecht. Diss. jur. Heidelberg 1947.
Rinck, Justus	Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit und das Bonner Grundgesetz. DVBl 1958 S. 221.
Rinck, Justus	Tendenzen in der Rechtsprechung europäischer Verfassungsgerichte zum Gleichheitssatz. DVBl 1961 S.1.
Rinck, Justus	Parteienstaat und Selbstverwaltung. JZ 1961 S.73
Röhl, Hellmut	Bekämpfung der Splitterparteien in Gesetzgebung und Rechtsprechung. DVBl 1954 S.557
Rubehn, Justus	Parteienprivileg auch für nicht-politische Wählergruppierungen? DöV 1960 S.667.
Ruck, Erwin	Schweizerisches Staatsrecht. 3.Aufl. Zürich (Polygraphischer Verlag) 1957.
Salomon, Max	Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles. Leiden (Sijthoff) 1937.
Sauer, Wilhelm	Einführung in die Rechtsphilosophie. 2. Aufl. Berlin (Duncker und Humblot) 1961
Scheuner, Ulrich	Der Bereich der Regierung. Festgabe für Rudolf Smend. Göttingen (Schwartz) 1952, zit.: Festschrift.
Scheuner, Ulrich	Die Rechtsprechung des BVerfG. DVBl. 1952 S. 613.
Scheuner, Ulrich	Probleme und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit. DVBl 1952 S. 293
Scheuner, Ulrich	Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes. Recht - Staat - Wirtschaft. Bd. 4. Düsseldorf (Schwann) 1953

Schmidt, Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Teil 1, Göttingen (Vandenhoeck u.Ruprecht 1957.
Schmidt-Bleibtreu	Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 13. Dezember 1961, 1BvR 1137/59, 278/6o. DöV 1962 S. 1o5.
Schmitt, Carl	Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung. Berlin und Leipzig (de Gruyter) 1926, zit.: Unabhängigkeit.
Schmitt, Carl	Inhalt und Bedeutung des zweiten Teils der Reichsverfassung. Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Bd. 2 S. 572. Tübingen (Mohr) 1932, zit.: HDStR.
Schmitt, Carl	Verfassungslehre. 3. unveränderte Aufl. Berlin (Duncker und Humblot) 1957.
Schmölders, Günter	Die Notwendigkeit der organischen Steuerreform. FA n.F. Bd. 14. Tübingen (Mohr) 1953/54.
Schröder, Heinz	Der Rechtsbegriff der Gleichheit. Diss.jur. Münster 1961.
Seibt, H.J.	Anmerkung zum Urteil des BVerfG (11/283). NJW 1961 S.19.
Seifert, Karl Heinz	Das Schleswig-Holsteinsche-Wahlrechts-urteil des BVerfG. DöV 1953 S.42.
Seifert, Karl Heinz	Bundeswahlgesetz 1953. Stuttgart und Köln (Kohlhammer) 1953.

Seifert, Karl Heinz	Das Bundeswahlgesetz. Berlin und Frankfurt a.M. (Vahlen) 1957, zit.: Bundeswahlgesetz (57).
Seifert, Karl Heinz	Das Bundeswahlgesetz, Ergänzungsheft. Berlin und Frankfurt a.M. (Vahlen) 1961, zit.: Ergänzungsheft.
Smend, Rudolf	Staatsrechtliche Abhandlungen. Berlin (Duncker und Humblot) 1955.
Smend, Rudolf	Verfassung und Verfassungsrecht. München und Leipzig (Duncker und Humblot) 1928, zit.: Verfassung.
Spitaler, Armin	Rechtssicherheit, zweckmässigkeit und Gerechtigkeit im Steuerrecht. Steuerberater Jahrbuch. Köln (Schmidt) 1957/58.
Stier-Somlo, Fritz	Art.1o9, Gleichheit vor dem Gesetz. Nipperdey, Hans Carl, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Bd. 1 S.158. Berlin (Hobbing) 1929.
Stratenwerth, Günter	Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache. Recht und Staat Heft 2o4, Tübingen (Mohr) 1957.
Thoma, Richard	Funktionen der Staatsgewalt. Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd.2 S.151. Tübingen (Mohr) 1932, zit.: Handbuch II.
Thoma, Richard	Ungleichheit und Gleichheit im Bonner Grundgesetz. DVBl 1951 S 457.
Thormann, Hans Udo	Die aktiven Statusrechte als Einrichtungsgarantien, Grundsatznormen und Auslegungsregeln, erläutert am Beispiel des Petitionsrechtes (Art. 17 GG). Diss. jur.Münster 1961.
Triepel, Heinrich	Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien. Rechtsgutachten. Berlin und Leipzig (de Gruyter) 1924.

Unkelbach, Helmut	Grundlagen der Wahlsystematik. Göttingen (Vandenhoek u.Ruprecht) 1956.
Vecchio, Giorgio del	Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 2.Aufl. Basel (Recht und Gesellschaft) 1951.
Voigt, Alfred	Geschichte der Grundrechte, Stuttgart (Spemann) 1948.
Voigt, Alfred	Ungeschriebenes Verfassungsrecht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 1o. Berlin (de Gruyter) 1952.
Wagner, Albrecht	Entstehung, Organisation und Kompetenzen des BVerfG DRiZ 1961 S.28o.
Weinkauff, Hermann	Der Naturrechtsgedanke und die Rechtsprechung des BGH NJW 196o S. 1689.
Wengler, Wilhelm	Rechtsgleichheit und Vielheit der Rechte. Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag. Bd. 1. Karlsruhe (Müller) 196o, zit.: Festschrift.
Wengler, Wilhelm	Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht. Recht und Staat Bd. 189/9o. Tübingen (Mohr) 1956.
Wernicke, Kurt Georg	Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Hamburg (Heitmann) ab 195o, zit.: BK.
Wertenbruch, Wilhelm	Grundgesetz und Menschenwürde. Köln und Berlin (Heymann) 1958.
Wertenbruch, Wilhelm	Menschenwürde, Staatslexikon, 6.Aufl., Bd.5 S.665. Freiburg (Herder) 196o.
Wessel, Franz	Die Rechtsprechung des BVerfG zur Verfassungsbeschwerde. DVBl 1952 S.161
Westerath, Heribert	Die Wahlverfahren und ihre Vereinbarkeit mit den demokratischen Anforderunge an das Wahlrecht. Berlin (de Gruyter) 1955.

Westermann, Hary	Verstößt § 8 IV 1 des Gen.G. gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG? Unveröffentlichtes Rechtsgutachten 1954.
Willoughby, Westel Woodbury,	Principles of the Constitutional Law of the United States. 2.Aufl. New York (Baker Voorhis) 1930.
Wintrich, Josef	Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage. Regensburg (Habbel) 1950.
Wolf, Erik	Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft. Freiburg (Schulz) 1953.
Wolff, Bernhard	Die Rechtsprechung des BVerfG. IöR u.F Bd.7 S.107.
Wolff, Hans Julius	Über die Gerechtigkeit als principium iuris. Festschrift für Wilhelm Sauer S.103. Berlin (de Gruyter) 1949, zit.: Gerechtigkeit.
Wolff, Hans Julius	Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen. Festschrift für Walter Jellinek S.33 München (Isar) 1955, zit.: Rechtsgrundsätze.
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht I. 4.Auflage, München und Berlin (Beck) 1961, zit.: Verw. R.I.
Würtenberger, Thomas	Das Naturrecht und die Philosophie der Gegenwart. JZ 1955 S.1.
Zeidler, Karl	Bundesverfassungsgericht und Maßnahmegesetze. JZ 1960 S.391.
Zeidler, Wolfgang	Die Aktualität des Gleichheitssatzes nach dem Bonner Grundgesetz. DöV 1952 S.4
Zinn-Stein	Die Verfassung des Landes Hessen. Bad Homburg vor der Höhe und Berlin

Entscheidungen des BVerfG

1/5	Beschl.	I.Sen.v.27.IX.1951	1 BvR 7o/51 [1]
1/7	Beschl.	I. - - 3. X.1951	1 BvR 1o3/51
1/14	Urt.	II. - -23. X.1951	2 BvG 1/51
1/82	Beschl.	I. - -23.XI.1951	1 BvR 2o8/51
1/97	Beschl.	I. - -19.XII.1951	1 BvR 22o/51
1/117	Urt.	I. - -2o.II.1952	1 BvF 2/51
1/144	Urt.	II. - - 6.III.1952	2 BvE 1/51
1/2o8	Urt.	II. - - 5.IV.1952	2 BvH 1/52
1/264	Urt.	I. - - 3o.IV.1952	1 BvR 14,25,167/52
1/332	Urt.	I. - - 13.IV.1952	1 BvR 137/52
1/418	Beschl.	I. - - 18.IX.1952	1 BvR 612/52
1/439	Beschl.	I. - - 1o. X.1952	1 BvR 511/52
2/118	Beschl.	I. - - 3o. I.1953	1 BvR 377/51
JZ 53/5o2	Beschl.	I. - - 24.IV.1953	1 BvR 1o2/51
2/336	Beschl.	I. - - 17.IV.1953	1 BvR 668/52
2/38o	Urt.	I. - - 1.VII.1953	1 BvL 23/51
3/4	Urt.	I. - - 24.VII.1953	1 BvR 293/52
3/19	Urt.	I. - - 1.VIII.1953	1 BvR 281/53
3/58	Urt.	I. - - 17.XII.1953	1 BvR 147/52
3/162	Urt.	I. - - 17.XII.1953	1 BvR 323,195/51; 138, 283, 319/52
3/187	Urt.	I. - - 17.XII.1953	1 BvL 59/52
3/255	Beschl.	I. - - 14. I. 1954	1 BvR 4o9/53
3/288	Urt.	I. - - 26.II.1954	1 BvR 371/52
3/377	Beschl.	I. - - 29.IV.1954	1 BvR 328/52
3/383	Urt.	I. - - 3.VI. 1954	1 BvR 183/54
4/1	Beschl.	I. - - 1.VII.1954	1 BvR 361/52
4/7	Urt.	I. - - 2o.VII.1954	1 BvR 459/52
4/31	Urt.	II. - - 11.VII.1954	2 BvK 2/54
4/74	Beschl.	I. - - 21. X. 1954	1 BvL 2/53
4/144	Urt.	II. - - 16.III.1955	2 BvK 1/54
4/193	Beschl.	I. - - 7.VII.1955	1 BvR 1o8/52

1) Band 1 der amtlichen Sammlung, Seite 5, Beschluß (Urteil) des ersten (zweiten) Senats vom 27.Npvember 1951; Aktenzeichen: 1 BvR 7o/51.

4/2o5	Beschl.	I.Sen.	v. 7.VII.	1955	1 BvR 635/52
4/219	Beschl.	I.	- - 21.VII.	1955	1 BvL 33/51
4/352	Beschl.	I.	- - 3o.XI.	1955	1 BvL 12o/53
4/375	Urt.	II.	- - 6.II.	1956	2 BvH 1/55
NJW 56/745	Beschl.	I.	- - 12.IV.	1956	1 BvR 288/54
5/9	Beschl.	I.	- - 25. V.	1956	1 BvR 53/54
5/22	Beschl.	I.	- - 25. V.	1956	1 BvR 128/56
6/7	Beschl.	I.	- - 8. X.	1956	1 BvR 2o5/56
6/45	Urt.	I.	- - 16. I.	1957	1 BvR 134/56
6/55	Beschl.	I.	- - 17. I.	1957	1 BvL 4/54
6/84	Urt.	II.	- - 23. I.	1957	2 BvE 2/56
6/1o4	Urt.	II.	- - 23. I.	1957	2 BvF 3/56
6/121	Urt.	II.	- - 23. I.	1957	2 BvR 6/56
6/132	Beschl.	I.	- - 19.II.	1957	1 BvR 357/52
6/222	Beschl.	I.	- - 19.II.	1957	1 BvL 13/54
6/246	Beschl.	I.	- - 2o.II.	1957	1 BvR 413/53
6/257	Beschl.	I.	- - 2o.II.	1957	1 BvR 441/53
6/273	Beschl.	I.	- - 21.II.	1957	1 BvR 241/56
6/282	Beschl.	I.	- - 5.III.	1957	1 BvR 1o9/52;3o3/54
6/29o	Beschl.	I.	- - 21.III.	1957	1 BvR 65/54
7/61	Beschl.	I.	- - 2.VII.	1957	1 BvR 35/57
7/89	Beschl.	I.	- - 24.VII.	1957	1 BvL 23/52
7/99	Beschl.	II.	- - 3. IX.	1957	2 BvR 7/57
7/ 129	Beschl.	I.	- - 16. X.	1957	1 BvL 13/56; 46/56
7/155	Beschl.	I.	- - 17. X.	1957	1 Bvl 1/57
7/194	Beschl.	I.	- - 12.XII.	1957	1 BvR 678/57
7/282	Urt.	II.	- - 5.III.	1958	2 BvL 18/56
7/3o5	Urt.	II.	- - 5.III	1958	2 BvF y/56
7/327	Beschl.	I.	- - 13.III.	1958	1 BvR 155/58
8/1	Beschl.	I.	- - 11.VI.	1958	1 BvR 1,46/52
8/28	Beschl.	I.	- - 11.VI.	1958	1 BvL 149/51
8/38	Beschl.	I.	- - 13. VI.	1958	1 BvR 346/57
8/51	Urt.	II.	- - 24.VI.	1958	2 BvF 1/57
8/174	Beschl.	II.	- - 1o.VI.	1958	2 BvF 1/56
8/274	Beschl.	II.	- - 12. XI.	1958	2 BvL 4,26,4o/56; 1,7/57
8/332	Beschl.	I.	- - 2.XII.	1958	1 BvL 27/55
9/3	Beschl.	I.	- - 3.XII.	1958	1 BvR 488/57
9/2o	Beschl.	I.	- -16.XII.	1958	1 BvL 3,4,57; 8/58

	9/36	Beschl.	I.	Sen.	v.	16.XII. 1958	1 BvR 449/55
	9/73	Beschl.	I.	-	-	7.I. 1959	1 BvR 1oo/57
	9/83	Beschl.	I.	-	-	8.I. 1959	1 BvR 425/52
	9/89	Beschl.	I.	-	-	8.I. 1959	1 BvR 396/55
	9/124	Beschl.	I.	-	-	22.I. 1959	1 BvR 154/55
	9/137	Beschl.	II.	-	-	3.II. 1959	2 BvL 1o/56
	9/16o	Beschl.	I.	-	-	3.II. 1959	1 BvR 236/54
	9/2o1	Beschl.	I.	-	-	17.III. 1959	1 BvL 39,44/56
	9/213	Beschl.	I.	-	-	17.III. 1959	1 BvR 53/56
	9/223	Urt.	I.	-	-	19.III. 1959	1 BvR 295/58
	9/237	Beschl.	I.	-	-	14.IV. 1959	1 BvL 23,34/57
	9/25o	Beschl.	I.	-	-	14.IV. 1959	1 BvL 19,21/58
	9/291	Beschl.	I.	-	-	2o.V. 1959	1 BvL 1,7/58
	9/334	Beschl.	II.	-	-	16. VI. 1959	2 BvL 1o/59
	9/338	Beschl.	I.	-	-	16. VI. 1959	1 BvR 71/57
	1o/59	Urt.	I.	-	-	29.VII. 1959	a) 1 BvL 27, 1oo/58; b) 1BvR 2o5,332,333, 367/58
DVBl.	59/851	Beschl.	I.	-	-	6. X. 1959	1 BvL 25/59
	1o/234	Beschl.	I.	-	-	15.XII. 1959	1 BvL 1o/55
	1o/264	Beschl.	I.	-	-	12. I. 196o	1 BvL 17/59
	1o/34o	Beschl.	I.	-	-	25.II. 196o	1 BvL 8/55
	1o/354	Beschl.	I.	-	-	25.II. 196o	1 BvR 239/52
	1o/372	Beschl.	I.	-	-	9. III. 196o	1 BvL 16/57
	11/5o	Beschl.	I.	-	-	5. IV. 196o	1 BvL 31/57
	11/64	Beschl.	I.	-	-	4. V. 196o	1 BvL 17/57
	11/1o5	Urt.	I.	-	-	1o.V. 196o	1 BvR 19o, 363,4o1 4o9,471/58
	11/193	Beschl.	I.	-	-	8.VI. 196o	1 BvR 58o/53
	11/245	Beschl.	II.	-	-	28.VI. 196o	2 BvL 19/59
	11/266	Beschl.	II.	-	-	12.VII. 196o	2 BvR 373,442/6o
NJW	6o/1711	Beschl.	I.	-	-	21.VII. 196o	1 BvR 133/6o
	11/283	Beschl.	I.	-	-	25.VII. 196o	1 BvL 5/59
	11/31o	Beschl.	I.	-	-	11. X. 196o	1 BvL 2,35/59
	11/343	Beschl.	II.	-	-	2. XI. 196o	2 BvR 473/6o
	11/351	Urt.	II.	-	-	2. XI. 196o	2 BvR 5o4/6o
	12/1	Beschl.	I.	-	-	8. XI. 196o	1 BvR 59/56
	12/1o	Urt.	II.	-	-	15.XI. 196o	2 BvR 536/6o

	12/73	Beschl.	II. Sen.	v. 17. I. 1961	2 BvR	547/6o
	12/132	Beschl.	II. -	- 25. I. 1961	2 DvR	582/6o
	12/139	Beschl.	II. -	- 7.II. 1961	2 BvR	23/61
	12/151	Urt.	I. -	- 21.II. 1961	1 BvL	29/57; 2o/6o
	12/177	Urt.	I. -	- 21.II. 1961	1 BvR	267/6o
	12/18o	Urt.	I.-	- 21.II. 1961	1 BvR	314/6o
	12/264	Beschl.	II. -	- 15.III.1961	2 BvL	8/6o
	12/281	Beschl.	I. -	- 21.III.1961	1 BvL	3,18,99/58
	12/326	Beschl.	II. -	- 9. V. 1961	2 BvR	49/6o
	12/319	Beschl.	I. -	- 2. V. 1961	1 DvR	2o3/53
	12/354	Urt.	I. -	- 17. V. 1961	1 BvR	561,579/6o: 114/61
NJW	61/1395	Beschl.	II. -	- 16. V. 1961	2 BvF	1/6o
NJW	61/1667	Beschl.	I. -	- 26. VI.1961	1 BvL	17/6o
NJW	61/2o11	Beschl.	II. -	- 26. VIII.1961	2 BvR	322/61
NJW	61/2155	Beschl.	I. -	- 17. X . 1961	1 BvL	5/61
	DÖV 62/21	Urt.	I. -	- 29.XI. 1961	1 BvR	758/57
NJW	62/99	Urt.	I. -	- 29. XI. 1961	1 BvR	76o/57
NJW	62/1oo	Urt.	I. -	- 29. XI. 1961	1 BvR	148/57
NJW	62/147	Urt.	I. -	- 13.XII. 1961	1 BvR	1137/59;278/6o
NJW	62/435	Urt.	I. -	- 24. I. 1962	1 BvR	845/58
NJW	62/437	Urt.	I. -	- 24. I. 1962	1 BvL	32/57

V o r b e m e r k u n g

Nach der Verkündung des Gesetzes über das BVerfG am 16. April 1951 und dem Erlaß des ersten in der amtlichen Sammlung abgedruckten Beschlusses vom 9. September 1951 sind über 1o Jahre vergangen. Unter der großen Zahl der in dieser Zeit ergangenen Entscheidungen stehen diejenigen, die sich mit Art.3 Abs.1 GG befassen, mit an erster Stelle.

Da die einzelnen Problemkreise des Art.3 Abs.1 GG nicht erst nach dem Erlaß des Bonner Grundgesetzes aufgetaucht sind, sondern in die Zeit der Weimarer Republik, ja, soweit sie rechtsphilosophischer Natur sind, bis in die Zeit eines Platon und Aristoteles zurückreichen, steht der Fülle der verfassungsrechtlichen Entscheidungen eine noch größere an Abhandlungen in der Lehre gegenüber. Man gewinnt daher den Eindruck, daß die Probleme gerade auf dem Gebiet des Art.3 Abs.1 GG sich ins Uferlose auszudehnen beginnen. Um diesem entgegenzuwirken, soll in folgendem der Versuch unternommen werden, die leitenden Grundgedanken des BVerfG aus seinen Entscheidungen zu Art.3 Abs.1 GG herauszuarbeiten und diese an Hand der in der Lehre vertretenen Ansichten einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Dieses ist auch insofern berechtigt, als man nach einer zehnjährigen Rechtsprechungspraxis von mittlerweile feststehenden Grundsätzen ausgehen darf.

Um diesen Versuch nicht von Anfang an zum Scheitern zu verurteilen, müssen der Fülle wegen die Entscheidungen, die denselben Komplex behandeln, zu sogenannten Grundsätzen zusammengefasst werden, die dann auch nur an den Stellen zitiert werden, wo sich der betreffende Satz expressis verbis findet und sich nicht nur als Schlußfolgerung ergibt. Ebenso muß auf dem Gebiet der Lehre eine Einschränkung gemacht werden. Wegen der Fülle der Einzeldarstellungen, Aufsätze und Rezensionen können aus der Zahl der älteren Autoren nur die berücksichtigt werden, die maßgeblich an der Entfaltung dieser Probleme beteiligt

sind und deren Gedankengänge zum Verständnis der Entwicklung notwendig erscheinen. Die jüngeren Autoren sollen dagegen, soweit sie nicht nur die älteren Meinungen darstellen oder die Auffassung des BVerfG wiederholen, in einem breiteren Umfang berücksichtigt werden. Vollständigkeit ist auch hier unmöglich geworden.
Bezüglich der zahlreichen Probleme, die sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben, muß von vornherein auf eine erschöpfende Darstellung verzichtet werden. Um den Umfang einer solchen Untersuchung nicht zu überschreiten, kann daher in den meisten Fällen die Problematik nur aufgezeigt und eine Lösung vorgeschlagen werden, wobei eine vollständige Auseinandersetzung mit der Lehre unmöglich ist. Eine Ausnahme ist bezüglich der Verletzung des Gleichheitssatzes gemacht worden. Hier ist der Versuch unternommen worden, an Stelle des wegen seines nur quantitativen Unterschiedes zur Ungerechtigkeit nicht näher bestimmbaren Willkürbegriffe, mittels des Gerechtigkeitsprinzips, das seinen Inhalt jeweils aus der Art der zu regelnden Materie erhält, zu klaren Abgrenzungen zu kommen.
Bei den sich aus der Rechtsprechung des BVerfG ergebenden Problemen wie z.B. der Frage, wie weit die Befugnis des BVerfG gegenüber dem Gesetzgeber reicht, sind nur die Entscheidungen herangezogen, die im Zusammenhang mit Art.3 Abs.1 GG ergangen sind.
Der Untersuchung liegen insgesamt 125 Entscheidungen zugrunde, die sich in 4o Urteile und 85 Beschlüsse aufgliedern. Die Urteile verteilen sich mit 26 auf den ersten und 14 auf den zweiten Senat. Bei den Beschlüssen liegt das Verhältnis entsprechend 7o zu 15. Von allen diesen Entscheidungen stellte das BVerfG nur in 23 Fällen einen Verstoß gegen Vorschriften des GG fest; der Anteil der Fälle, die gegen Art.3 Abs.1 GG verstießen, betrug dabei 14, das sind 11,2 %.
Hinsichtlich des Verfahrensweges, auf dem die Streitfragen an das BVerfG herangetragen wurden, ergibt sich folgendes Bild: Von den insgesamt 125 Entscheidungen tragen 74 das Aktenzeichen BvR, d.h. Verfassungsbeschwerde nach § 9o BVerfGG

Zwar werden unter diesem Aktenzeichen auch die Verfassungsbeschwerden der Gemeindeverbände nach § 91 BVerfGG geführt, jedoch befindet sich bei den hier zu untersuchenden Entscheidungen keine derartige Beschwerde. Die zweite zahlenmässig erheblich schwächere Gruppe mit 38 Entscheidungen trägt das Aktenzeichen BvL, das bedeutet: Vorlage nach Art. 1oo Abs.1 GG. Die restlichen 13 Entscheidungen verteilen sich mit 2 auf das Aktenzeichen BvE, Zuständigkeit nach Art. 93 Abs.1 Nr.1 GG; 6 auf das Aktenzeichen BvF, Zuständigkeit nach Art. 93 Abs.1 Nr.2 GG; 1 auf das Aktenzeichen BvG, Zuständigkeit nach Art.93 Abs.1 Nr.3 GG; 2 auf das Aktenzeichen BvH, Zuständigkeit nach Art.93 Abs.1 Nr. 4 GG und schließlich 2 auf das Aktenzeichen BvK, Zuständigkeit nach Art. 99 GG.

Dem Sachgegenstand nach ergeben sich aus den bundesverfassungsgerichtlichen Erkenntnissen insgesamt 5 Hauptpunkte, die in den entsprechenden Hauptteilen der Untersuchung im einzelnen untersucht werden sollen. Diese Erkenntnisse gliedern sich auf in die Rechtsgrundlage, den Umfang der Schutzwirkung, den Umfang der Bindung, den Inhalt und die Verletzung des Art.3 Abs.1 GG. Im letzten Hauptteil sollen noch zwei Randfragen untersucht werden, die sich aus der Rechtsprechung des BVerfG's ergeben: das richterliche Prüfungsrecht und die Handlungsgrundsätze des BVerfG bei der Uberprüfung von Handlungen der Staatsgewalten.
Die vorliegende Untersuchung wurde am 15. März 1962 abgeschlossen.

1. Hauptteil: Rechtsgrundlage des Art.3 Abs.1 GG

I. Rechtsprechung des BVerfG:

Zur Rechtsgrundlage des Art.3 Abs.1 GG hat das BVerfG in seinem Urteil vom 5. April 1952 - 1 BvH 2/51 - ausgeführt [1], daß auf den überpositiven Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung zurückgegriffen werden müsse, wenn der Gleichheitssatz nicht in Art.3 GG geschriebenes Verfassungsrecht geworden wäre.

II. Kritische Stellungnahme:

Hieraus ergibt sich, daß nach der Ansicht des BverfG der Gleichheitssatz dem überpositiven Recht angehört und in Art.3 GG seinen Niederschlag gefunden hat, wodurch er jedoch diesen Charakter nicht verloren hat [2]. Bevor eine Stellungnahme zu dieser Ansicht möglich ist, müssen die Begriffe Positivismus und Überpositivismus bestimmt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu keine näheren Erläuterungen gegeben; deshalb müssen die Definitionen der Rechtslehre entnommen werden.

1. Positivismus - Überpositivismus

Das überpositive Recht beruht in der Betonung des Zusammenhangs von Recht und Gerechtigkeit. Das Recht ist dem Gesetz gegenüber das Prius und zwar eine Erscheinungsform der Sittlichkeit. Es ist unabhängig von menschlicher Satzung in den einzelnen Menschen und menschlichen Gemeinschaften vorhanden und lebt in ihnen [3].
Demgegenüber versteht man unter dem positiven Recht das Recht, das in einem bestimmten örtlichen Bereich zu einer bestimmten Zeit mit Verbindlichkeits- und Vollzugsanspruch sozial gilt und in der Regel von einer staatlichen Autorität garantiert wird [4].

---

1) BverfGE 1/208 (233; 243).
2) so z.B. auch Wernicke in BK Art.3 Anm.II 1a; Hamann, Rechtsstaat S.47, ders.Art.3 Anm.B 1; Wintrich S.21; Raiser in ZHR Bd.111/90,94; Krüger DVBl 55/211.
3) Dix S.4; Buchholz S.27
4) Buchholz S.26; Dix S.37; Nawiasky (3) S.25 ff.; Wolff H.J. Rechtsgrundsätze S.34.

Betrachtet man das, was in Art. 3 Abs.1 GG ausgedrückt ist, im Zusammenhang mit diesen Begriffsbestimmungen, so ergibt sich daraus für die Frage: positivrechtliche oder überpositivrechtliche Grundlage keine Antwort. Denn je nachdem, ob man dem rechtsphilosophischen Standpunkt des Positivismus oder des Überpositivismus anhängt, wird man die Grundlage des allgemeinen Gleichheitssatzes in einer Erscheinungsform der Sittlichkeit, die losgelöst ist von der jeweils bestehenden Staats- und Rechtsauffassung, oder aber gerade in dieser Staats- und Rechtsauffassung beruhend, sehen [1].

Eine Antwort wäre allenfalls möglich unter der Betrachtung, wie weit das positive bezw. überpositive Recht praktisch anwendbar ist; denn aus der Erklärung des BVerfG ergibt sich, daß als Maßstab für eine Untersuchung, ob eine Norm dem Gleichheitssatz widerspreche, auf eben diesen Gleichheitssatz als "überpositive" Norm zurückgegriffen werden könnte, wenn dieser nicht in Artikel 3 Abs.1 GG fixiert worden wäre.

2. Anwendbarkeit des positiven-überpositiven Rechts

Ist das überpositive Recht als eine Erscheinungsform der Sittlichkeit eine Idee, die in den einzelnen Menschen und Gemeinschaften lebt, so trägt es nicht die Möglichkeit unmittelbarer Rechtsanwendung in sich, da Ideen und bloße Vorstellungen noch keine Rechtssätze sind, sondern sich ausschließlich im Bereich reiner theoretischer Erwägungen bewegen. Damit ist dieses Recht aber für die Praxis nicht bedeutungslos geworden, sondern seine Bedeutung liegt in dem Einfluß auf die Rechtsquellen, aus denen das positive Recht hervorgeht [2].

Das positive Recht ist, soweit es kodifiziert ist, in der Regel unmittelbar rechtsanwendbar. Jedoch ist die Kodifizierung keine Voraussetzung des positiven Rechts; denn niemand kann behaupten, daß z.B. das Gewohnheitsrecht

---

1) Auf eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Varianten des Positivismus und des Überpositivismus muß im Rahmen dieser Untersuchung verzichtet werden, da von dort keine Lösung der Frage nach dem Inhalt des Art.3 Abs.1 GG zu erwarten ist.

2) Eisenmann S.121; Wolff H.J. Rechtsgrundsätze S.34

nicht rechtsanwendbar sei und auch nicht zum positiven Recht gehöre, weil es nicht schriftlich niedergelegt ist [1]. Die Behauptung des BVerfG, daß es einen anwendbaren überpositiven allgemeinen Gleichheitssatz gäbe, ist daher unrichtig [2]; denn indem die Verfassung überpositive Ideen, die Umrisse einer rechtlichen Urordnung angeben [3], positiv-rechtlich verwirklicht, enthält sie zwar zwangsläufig einen Teil der überpositiven Elemente. Diese ändern aber den Charakter der einzelnen Normen nicht in einen überpositiven, sondern nur durch die jeweilige Ausgestaltung gehören die Ideen dem positiven Recht an [4]. Dieses ergibt sich auch daraus, daß die Grundideen menschlichen Zusammenlebens durch die positiv-formelle Verfassung noch den Schutz des Art. 79 Abs.3 GG erhalten haben, der nur als positiv-rechtlicher Schutz aufgefaßt werden kann und muß [5].

Damit ist aber noch nicht festgestellt, daß, wenn der allgemeine Gleichheitssatz in Art.3 Abs.1 GG nicht niedergelegt worden wäre, es trotzdem einen anwendbaren allgemeinen Gleichheitssatz gäbe. Das würde nur dann der Fall sein, wenn der allgemeine Gleichheitssatz seinem Inhalt nach kein Programmsatz wäre, sondern unmittelbar regelnd in die menschlichen Beziehungen eingriffe. Wie der Name schon sagt, versteht man unter einem Programmsatz einen Richtsatz, der durch Handlungen, und zwar logischerweise nur durch solche des Gesetzgebers, verwirklicht werden kann, da die Organe der Verwaltung und Rechtsprechung in der überwiegenden Anzahl der Fälle nicht Programme verwirklichen oder politische Versprechen abgeben, sondern nach den Vorschriften der Gesetze handeln [6].

---

1) vergl. hierzu v.Hippel, Verfassungsrecht S.12; Voigt, Verfassungsrecht S.4o.

2) Nach Zinn-Stein (Anm.VI 3 vor Art.1 S.99) ist ein Naturrecht der Verfassung ein Widerspruch in sich. Ebensowenig ist eine Unterscheidung von Grundrechten mit überpositivem Gehalt und von staatlich begründeten Grundrechten möglich. Wenn eine positive Norm einen überpositiven Rechtssatz konstituiert, wird er damit in die positive Gesamtrechtsordnung eingefügt.
Böckenförde (S.29) lehnt die Auffassung des BVerfG mit dem Bemerken ab, daß dadurch die geschichtlich bedingte und gewollte Stoßkraft des Gleichheitssatzes entschärft werde.

3) Dix S.39; Weinkauff NJW 6o/169o.

4) v.Hippel, Verfassungsrecht S.11; Scheuner DVBl 52/615;

(Forts. Seite 7)

Würde der allgemeine Gleichheitssatz sich verbindlich nur an den Gesetzgeber wenden, so würde er damit sich selbst widersprechen, da er seinem eingebürgerten Wortlaut nach gerade die Organe der Verwaltung und Rechtsprechung anspricht. Aus diesem ansprechenden und regelnd eingreifenden Wesen ergibt sich, daß der allgemeine Gleichheitssatz nicht ein Programmsatz sein kann, sondern anwendbares Recht sein muß und damit, auch wenn er nicht kodifiziert wäre, zum positiven Recht gehört.
Daß der allgemeine Gleichheitssatz neben einem positiven Rechtsgrundsatz auch einen überpositiven Bereich hat, indem er zur allgemeinen Rechts- und Gerechtigkeitsidee gehört, soll nicht geleugnet werden [1].
Diese Rechtsidee besteht unabhängig davon, ob der jeweilige Staat sie anerkennt oder nicht. Erkennt er diese Idee an, so wird aus ihr ein anwendbarer Rechtssatz, dessen Inhalt sich wiederum nach dem Umfang der Anerkennung bemißt.
Nur auf diese Weise sind Durchbrechungen des allgemeinen Gleichheitssatzes zu rechtfertigen. Es gibt daher keinen Gleichheitssatz schlechthin über Zeit, Grenzen und geltende Verfassung hinweg, sondern jedem Staat ist der Gleichheitssatz seiner Verfassung zugeordnet [2].

---

4) Forts. von S.6: Zinn-Stein Anm. VI 3 vor Art.1.
5) Klein AöR 77/454.
6) Maunz, Rechtsgutachten S.16 f.; Böckenförde S.29.

---

1) so Böckenförde S.29; Krüger DVBl 55/211 f.; Leibholz DVBl 51/198.
2) Ipsen, Gleichheit S. 113 u.128; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm.II 8.

2. Hauptteil: Umfang der Schutzwirkung des Art.3 Abs.1 GG

I. Rechtsprechung des BVerfG:

Das BVerfG hat in seinen Entscheidungen [1] zur Frage des Umfangs der Schutzwirkung des Art.3 Abs.1 GG erklärt, daß kein Grund vorliege, diesen Artikel nur gelten zu lassen, soweit es sich um die Sphäre des Einzelnen gegenüber dem Staat handele. Diese Vorschrift müsse auch dort gelten, wo bei der Bildung des Staatswillens selbst Einzelnen oder Gruppen in untereinander gleicher Rechtsposition mitwirken, die durch die öffentliche Gewalt willkürlich beeinträchtigt werden kann. Dieses gelte selbst bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, soweit sich der staatliche Eingriff auf das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen oder das von der Gesellschaft betriebene Handelsgewerbe bezieht; ja sogar beim Staat selbst, soweit er z.B. in einem gerichtlichen Verfahren Partei ist.

II. Kritische Stellungnahme:

Bevor im einzelnen untersucht werden kann, wer sich auf Art. 3 Abs.1 GG berufen darf, soll die Frage beantwortet werden, ob es sich bei diesem Artikel um ein Reflexrecht oder ein subjektives öffentliches Recht handelt, wobei bei der letzten Möglichkeit ggf. zwischen einem positiven und negativen Statusrecht geschieden werden müßte. Daß es sich bei dem Gleichheitssatz nicht um einen Programmsatz handelt, der rechtlich bedeutungslos ist [2], der Gleichheitssatz vielmehr unmittelbar regelnd in die menschlichen Beziehungen eingreift, ist bereits im ersten Hauptteil nachgewiesen worden und braucht nicht besonders mehr hervorgehoben zu werden [3].

---

1) BVerfGE 1/208 (242); 3/383 (390 f.); 4/7 (12); 6/45 (49); 6/84 (91); 6/273 (276); 7/99 (107.
2) so Schmitt, HDStR S.585.
3) Vergl. dazu Hatschek S.196; Leibholz AöR n.F 12/17 f.

1. Rechtscharakter der Grundrechte

a) Reflexrecht - subjektives öffentliches Recht

Unter einer Reflexwirkung versteht man allgemein solche Wirkungen einer Rechtsnorm, die eine Person nur faktisch begünstigen oder belasten, ohne ihren Bestand an Rechten oder Pflichten unmittelbar zu verändern [1]. Dagegen ist das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts, daß es sich nicht in einem Reflex des objektiven Rechts erschöpft, sondern eine echte und nicht nur scheinbare Rechtsmacht darstellt, die in die Hand des Einzelnen gegeben ist und die die Staatsgewalt, obwohl diese sich in einer überlegenen hoheitlichen Rechtsposition befindet, unmittelbar verpflichtet [2].

Daraus ergibt sich für die Grundrechte im allgemeinen und Art.3 Abs.1 GG im besonderen, daß sich im Falle einer bloßen Reflexwirkung niemand auf diese Vorschriften gegenüber Eingriffen durch die Staatsgewalt berufen könnte. Diese Auffassung wurde gegen Ende des vorigen und zu Beginn dieses Jahrhunderts vor allem von HAENEL, LABAND und auch Otto MAYER vertreten. Jedoch stand diese Meinung nicht allein; vielmehr wurde zur selben Zeit u.a. von Otto von GIERKE und Heinrich ZOEPFL vorgetragen, daß es sich bei den Grundrechten um subjektive öffentliche Rechte handele [3]. Diese Ansicht wurde durch die Weiterentwicklung des Verwaltungsrechts und insbesondere durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstützt, die den Schutz der Grundrechte nach den Regeln subjektiver öffentlicher Rechte schlechthin bemaß [4].

---

1) Bachof, Reflexwirkungen S.288; Forsthoff, Verw.R. I S.175; Huber I S.683; v.Mangoldt-Klein, Vorbem.A VI; Wolff H.J. Verw.R. I § 43 I b 2.
2) Bachof, Reflexwirkungen S.292; Forsthoff, Verw.R.I S.17o; HuberI S.677; v.Mangoldt-Klein, Vorbem.A VI; Wolff H.J., Verw.R.I § 43 III d 1.
3) zu allem Voigt S.115 ff.; Angabe der Autoren S.117.
4) v.Mangoldt-Klein, Vorbem. A VI 2 a.

Heute ist zumindest für Art.3 Abs.1 GG unstreitig, daß es sich bei diesem Grundrecht um ein subjektives öffentliches Recht handelt [1) 2)]. Diese Auffassung wird von KIPP [3)] mit Art.1 Abs.3 GG begründet, wonach die Grundrechte unmittelbar geltendes Recht sind. Diese Begründung lehnt KLEIN [4)] aber mit Recht als unlogisch ab, da bei einem unmittelbar geltenden Recht neben der Möglichkeit eines subjektiven öffentlichen Rechts auch noch die eines Reflexrechtes bestehen kann. Woraus sich aber der subjektive öffentlichrechtliche Charakter des Art.3 Abs.1 GG ergibt, wird, soweit ersichtlich, von niemandem näher dargelegt. Der Wortlaut des Art.3 GG gibt ebensowenig zwingende Anhaltspunkte wie die übrigen Artikel der Grundrechte. Vor allem läßt sich nichts aus Art.19 Abs.4 GG herleiten, da diese Vorschrift nur allgemein von Rechten spricht und daraus nicht zwingend gefolgert werden kann, daß Recht in diesem Sinne gleich subjektiv öffentliches Recht und als nächster Schritt gleich Grundrecht bedeutet. Aus der Eröffnung des Rechtsweges kann ebensowenig geschlossen werden, da sich aus diesem nicht ein Abwehrcharakter der jeweiligen Form ergibt, sondern diesen gerade voraussetzt. Auch aus den Artikeln über das BVerfG ist nichts für eine Begründung zu entnehmen, da die Klage einer in ihren Grundrechten verletzten Person nach diesen Vorschriften nicht vorgesehen ist. Soweit das BVerfG dem Einzelnen die Verfassungsbeschwerde einräumt, wird dadurch zwar der Charakter des Gleichheitssatzes als subjektiv öffentliches Recht vorausgesetzt, aber nicht geschaffen.

Eine Begründung kann deshalb nur aus dem Wesen der Grundrechte selbst gewonnen werden: Der Sinn und Zweck einer Verfassung besteht im wesentlichen darin, den Rahmen zu setzen, innerhalb dessen die Macht des Staates sich entfalten und handeln soll. Innerhalb dieses Rahmens besteht bei allen Verfassungen, geschrieben oder ungeschrieben, ein besonderer Sektor, die Grundrechte, in denen der Staat seinen Bürgern bezw. allen Menschen,

---

1) Böckenförde S.27; Hamann Art.3 Anm.2; Ipsen, Gleichheit S 126; Leibholz DVBl 51/194; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm.II 5 Maunz-Dürig Art.1 Rand-Nr.96; Westermann S.18 f. (geltendes Recht. Begründung aus Art.117 GG); Zinn-Stein IV vor Art.1 S.93.

die sich in seinem Gebiet aufhalten, bestimmte Garantien zusichert. Diese schaffen einen Freiheitsraum zur Sicherung der eigenen Werte des Staatsbürgers. Entstanden aus dem Freiheitskampf der Individuen gegen die Allmacht des Staates haben sie eine fundamentale Bedeutung für die Begrenzung der staatlichen Macht und damit für die Herstellung einer demokratischen-rechtsstaatlichen Ordnung [1]. Diese Garantien sind aber praktisch bedeutungslos, wenn sich der Einzelne nicht darauf berufen und im Falle einer Verletzung zur Wehr setzen kann. Garantien ohne die Möglichkeit, ihre Beachtung durchzusetzen, sind schlechterdings keine Garantien. Die Grundrechte können daher keine Reflexrechte, sondern nur subjektive Rechte und zwar entsprechend dem Bereich, in dem sie stehen, subjektive öffentliche Rechte sein [2].

Aus der Erkenntnis dieses Rechtscharakters heraus ist dann auch in § 90 Abs.1 BVerfGG für jedermann die Möglichkeit eingeräumt worden, wegen einer Grundrechtsverletzung Verfassungsbeschwerde zu erheben, die nach dem GG nicht vorgesehen, deren Einführung aber durch Art. 93 Abs.2 GG gedeckt ist.

b) Positives - negatives Statusrecht

Kurz zu erörtern ist im Anschluß hieran noch die Frage, ob es sich bei Art.3 Abs.1 GG um ein positives oder negatives Statusrecht handelt.

Nach der grundlegenden Monographie Georg JELLINEK's [3] versetzen die möglichen Beziehungen, in denen der Mensch zum Staat stehen kann, ihn in eine Reihe rechtlich relevanter Zustände, Status, aus denen sich die einzelnen Statusrechte ergeben. Diese gliedern sich auf in negative, positive und aktive Statusrechte. Das aktive Statusrecht

---

Forts. von S.10:
2) Damit ist nicht geleugnet, daß die Grundrechte u.U. beide Eigenschaften in sich vereinen können, d.h. daß neben dem Reflexcharakter gleichzeitig subjektive öffentliche Rechte garantiert werden. Klein, Garantien S.173.
3) Kipp S.99 f.
4) v.Mangoldt-Klein Vorbem. A VI 2 c (S.82).

---

1) Vergl. Geiger, Staatslexikon S.1124; Jerusalem GJZ 50/2; v.Mangoldt AöR 75/275; Smend, Abhandlungen S.263 f.; ders. Verfassung S.164; Zinn-Stein Anm.III 1 vor Art.1.
2) Dix S.70; Ipsen, Gleichheit S.128.
3) System S.86 f.

wird nicht von dem Interessenwiderstreit Individuum - Hoheitsträger berührt und scheidet deshalb für die Betrachtung der Grundrechte aus. Unter den negativen Statusrechten versteht man die Abwehrrechte, die dem rechtsstaatlichen Gedanken der Begrenzung der Staatsmacht dienen und in dieser Funktion eine unantastbare Rechtssphäre des Einzelnen schaffen. Die positiven Statusrechte sind dagegen Anspruchsrechte, die auf ein förderndes Tätigwerden des Staates, auf Daseinsvorsorge (Forsthoff) gerichtet sind [1]. Damit stellt sich die Frage, ob Art.3 Abs.1 GG kurz gesagt ein Abwehr- oder ein Anspruchsrecht ist; kann man also Gleichbehandlung vom Staat verlangen oder nur die Beseitigung einer Ungleichbehandlung? Vom Wortlaut des Art.3 Abs.1 GG her gesehen sind beide Möglichkeiten denkbar. Von seinem Wesen als klassisches Grundrecht kann er jedoch nur ein Abwehrrecht sein [2]; denn aus dem Sicherungscharakter dieser Grundrechte ergibt sich, daß sie ihrem Wesen nach nicht expansiv, d.h. auf Erweiterung dieser Sphäre, angelegt sind, sondern nur Abwehrcharakter bei Übergriffen seitens der Staatsgewalt in diesen Bereich haben. Das aber macht gerade das Wesen eines negativen Statusrechtes aus [3] [4].

---

1) Vergl. Thormann S.15 ff.; Scheuner, Garantien S.97; Eschenburg S.489.

2) Daß Art.3 Abs.1 GG kein positives Statusrecht ist und erst recht nicht sein Unterfall der sozialen Grundrechte: Klein, Rechtsgutachten S.16 f.

3) Dem widerspricht auch nicht die Meinung Hamanns NJW 57/4, daß nach richtiger Auffassung heute in den Grundrechten nicht nur oder nicht einmal solche Abwehrrechte des Einzelnen enthalten, sondern entscheidende Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, d.h. zwingende Verhaltensregeln und Zielsetzungen aller staatlichen Gewalt schlechthin. Ebenso Huber DöV 56/175.

4) Ob es sich bei Art.3 Abs.1 GG um ein subjektives öffentliches Recht im sogen. engeren, d.h. als Anspruch von einer bestimmten Behörde ein konkretes Tun oder Unterlassen zu verlangen, oder im weiteren Sinne, als Verschaffung einer Rechtsstellung, aus der ein gegen Beeinträchtigungen gerichteter Abwendungsanspruch erwächst, kann im Rahmen dieser Untersuchung dahingestellt bleiben, da sich aus beiden ein Anspruch auf ein Unterlassen ergibt. Vergl.dazu Schröder S.263; Wolff H.J. Verw.R. I § 43 I c. Den Begriff im weiteren Sinne verwenden: Fuss JZ 59/329; Krüger DVBl 55/211; Ipsen, Gleichheit S.129 f.; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm. VI 2.

Nachdem Art. 3 Abs.1 GG als subjektives öffentliches Recht in der Form des negativen Statusrechtes erkannt worden ist, stellt sich die Frage, wer sich im einzelnen auf dieses Grundrecht berufen kann.

2. Schutzobjekte

a) alle Menschen

Im Gegensatz zu Art. 1o9 WRV sind in Art.3 Abs.1 GG alle Menschen und nicht alle Deutschen angesprochen. In diesem Wechsel des Wortlautes ist keine Verschiebung des Inhalts vom Bürgerrecht zum Menschenrecht ausgedrückt, sondern lediglich eine Korrektur entsprechend der allgemeinen Anschauung; denn auch zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung war man überwiegend der Ansicht, daß es sich bei Art.1o9 Abs.1 um ein Menschenrecht trotz des entgegenstehenden Wortlautes handelt, da man nicht behaupten könne, daß der Deutsche Staat nur für Deutsche Rechtsstaat, für die in Deutschland lebenden Ausländer aber ein Staat der Willkürherrschaft sei [1].

b) Inländische juristische Personen

Nach Art.19 Abs.3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen. Dabei ist jedoch, wie GEIGER [2] mit Recht feststellt, zu beachten, daß die Grundrechte ihrem Wesen nach niemals auf juristische Personen, d.h. Organisationen, denen durch abstrakten oder konkreten Staatsakt Rechtsfähigkeit verliehen worden ist [3], anwendbar sind, sondern nur ihrem Inhalt nach; denn die einzelnen Grundrechte resultieren aus dem Urgrund des Menschen auf Achtung seiner personalen Würde und ungestörter Entfaltung seiner Persönlichkeit [4] und sind deshalb ausschließlich menschen-

---

1) Anschütz, Komm.Einl.vor Art.1o9 Nr.5 b; Ipsen Gleichheit S.133 ff.; Leibholz, Gleichheit S.86; Aldag S.56. a.A. Stier-Sauer S.16o ff.; Rümelin S.57 Anm.1, die sich streng an den Wortlaut hielten.
2) Geiger, Komm. § 9o Anm.1; ebenso Giese, Grundgesetz Art.19 Anm. II 5; v.Mangoldt-Klein Art.19 Anm. VI 3; Wernicke in BK Art.19 Anm. II 3 b.
3) Wolff H.J.Verw.R. I § 32 III c 1 ß.
4) Geiger, Komm. Vorb.2 vor § 36.

bezogen. Bezüglich der Anwendbarkeit des Inhalts des Art.3 Abs.1 GG auf juristische Personen bestehen keine Bedenken, da der allgemeine Gleichheitssatz nicht nur im Bereich natürlicher Personen verständlich ist, wie etwa Art. 3 Abs.2 oder Art. 6 GG [1].

ba) Juristische Personen des Privatrechts

Bezüglich der Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen des Privatrechts bestehen keine Bedenken, da diese vergleichbar den natürlichen Personen in einem gewaltunterworfenen Verhältnis zum Staate stehen und deshalb wie diese einen Schutz vor Übergriffen benötigen.

bb) Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Bestritten ist aber die Frage, ob juristische Personen im Sinne von Art. 19 Abs.3 GG nur die des Privatrechts oder auch die des öffentlichen Rechtes sind. Eine Einschränkung, die die Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger möglicherweise ausschließt, könnte sich aus Art.19 Abs.3 GG ergeben und zwar aus dem Nebensatz: "..., soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind."- Dabei müßte man den Halbsatz dann so verstehen, daß die Grundrechte nur für diejenigen juristischen Personen gelten, die ihrem Wesen nach als Grundrechtssubjekte in Betracht kommen. Diese Interpretation wäre aber mit der Entstehungsgeschichte des Art. 19 Abs.3 GG unvereinbar. Wie die Materialien zeigen, hat der Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates den hier erörterten Nebensatz gewählt, um die schwerfällige Einzelenumeration der auf juristische Personen anwendbaren Grundrechte zu vermeiden. Die Worte "ihrem Wesen nach" beziehen sich demnach auf die Grundrechte und nicht auf die jursitischen Personen [2].
Daß der Bund wie auch die Länder sich in Ausübung ihrer Staatsmacht gegenüber den Individuen und juristischen

---

1) Vergl. auch Burckhardt Art.4 II 2 S.35; Westermann S.19 f.
2) Fuss, DVBl 58/74o; Wernicke in BK Art.19 Anm.I 4; v.Mangoldt Art.19 Anm. 1 S.118; Matz, IöR n.F 1 S. 18o ff.

Personen des Privatrechts nicht auf die Grundrechte berufen können, ist einleuchtend, da diese gerade zur Beschränkung der Staatsgewalt bestehen. Ebenso muß es sich verhalten, wenn andere juristische Personen des öffentlichen Rechts als verlängerter Arm des Staates dessen Gewalt ausüben [1]. Andererseits wird nicht bestritten, daß in den Fällen, in denen der Staat sich mit seinen Untertanen praktisch auf eine Stufe stellt, so z.B. in einem Rechtsstreit nach § 839 BGB i.V.m.Art.34 GG oder einem fiskalischer Art, er unter dem Schutz der Grundrechte steht und sich im Falle einer Verletzung auf sie berufen kann [2].

Zweifelhaft ist die Anwendung der Grundrechte aber zwischen Bund und Ländern, Ländern und ihren Gemeinden oder bei entsprechenden Verhältnissen zwischen anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts [3]. Im Verhältnis zwischen Bund und den Ländern lehnt MAUNZ-DÜRIG [4] eine Berufung auf die Grundrechte mit der Begründung ab, daß die Grundrechte Kampfrechte seien, das föderative Zuordnungsverhältnis zwischen Bund und Ländern ein System institutioneller Zuständigkeiten sei und nicht ein System gegeneinander wirkender Grundrechte [5]. Diese Begründung mag für die Ablehnung, die Grundrechte innerhalb dieses Verhältnisses anzuwenden, für einzelne Fälle einleuchtend sein; eine ausschließliche Ablehnung ist daraus aber nicht herzuleiten. Man wird generell weder sagen können, daß im Verhältnis Bund - Länder die Grundrechte ausnahmslos

---

1) Maunz-Dürig Art.19 Abs.3, Rand Nr.31; Fuss DVBl 58/74o; Burckhardt Art.4 Anm.II 2 S.35.
2) Maunz-Dürig Art.19 Abs.3, Rand Nr.33; Fuss, DVBl 58/74o.
3) Da es sich bei dieser Frage in erster Linie um ein Problem des Art.19 GG handelt, ist eine ausführliche Behandlung im Rahmen dieser Untersuchung nicht möglich. Es kann deshalb nur eine kurze Stellungnahme erfolgen und im übrigen auf das einschlägige Schrifttum verwiesen werden.
4) Maunz-Dürig Art.19 Abs.3 Rand Nr.31.
5) Auch Fuss, DVBl 58/741 vertritt die Ansicht, daß die Freiheit der staatlichen Aufgabenwahl aus der Hoheitsgewalt komme und die Grenzen dieser Befugnis sich nicht aus den Grundrechten, sondern aus den Aufgabenkompetenzen der Verfassung ergebe. Daraus will er aber nicht die völlige Bedeutungslosigkeit der Grundrechtsbestimmungen in diesem Verhältnis darlegen (S. 742). In diesen verkörpert sich vielmehr eine objektive Wertung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche

anwendbar, noch daß sie nicht anwendbar sind; es wird vielmehr immer darauf ankommen, ob im konkreten Fall ein Spannungsverhältnis vergleichbar dem zwischen einem Gewaltunterworfenen und dem Staat vorliegt oder ein koordiniertes im Rahmen des föderativen Staatsaufbaus [1]. Greift z.B. der Bund in unzulässiger Weise in die Rechte der Länder ein, soll dann einem Land, das sich gegenüber einem anderen Land benachteiligt fühlt, die Berufung auf das Grundrecht der Gleichheit verwehrt sein? Wenn MAUNZ-DÜRIG [2], um diese Unbilligkeit zu beseitigen, das Prinzip der objektiven Gerechtigkeit heranzieht, das in jedem Rechtsverhältnis, auch im staatlichen Zuordnungsverhältnis von Bund und Ländern, gelten soll, so ist damit für eine Lösung nichts gewonnen; denn welchen Charakter soll dieses Prinzip haben? Ist es nur eine Idee, so ist es im Falle der Nichtbeachtung durch einen an dem Verhältnis beteiligten kein Schutz für den anderen, da Rechtsideen, wie oben dargelegt, kein unmittelbar anwendbares Recht sind. Soll das Prinzip der objektiven Gerechtigkeit aber rechtsanwendbar sein, nur so hätte es auch für MAUNZ-DÜRIG einen Sinn, so muß es seinem Wesen nach Verfassungsrecht und zwar Grundrecht sein. Das würde aber der These von MAUNZ-DÜRIG widersprechen [3]. Im Verhältnis zwischen Ländern und Gemeinden spricht er selbst aus [4], daß ein mit dem objektiven Gerechtigkeitsprinzip identifizierter Art.3 GG im Verhältnis von Staat und Gemeinden beachtlich sei. Ist dieser aber beachtlich, dann müssen die an dem jeweiligen Verhältnis Beteiligten sich auch darauf berufen können, da sonst die Beachtung illusorisch wäre. Wenn dieses Prinzip, d.h. das Grundrecht des Art.3 Abs.1, im Verhältnis von Land und Gemeinden beachtet werden muß,

---

5) Forts.von S.15: Damit erkennt auch Fuss ähnlich wie Leibholz (Gleichheit S.159 f.), der auf das Gleichheitsprinzip im Völkerrecht verweist, innerhalb dieses Verhältnisses u.U. eine Anwendbarkeit des Art.3 Abs.1 GG.an.

---

1) Vergl. Fuss DVBl 58/740.
2) Maunz-Dürig Art.19 Abs.3 Rand Nr.32.
3) Leider liegt die Lieferung zu Art.3 GG noch nicht vor, so daß man noch nicht feststellen kann, ob dieses Prinzip nicht auch nach Maunz-Dürig unter den Gleichheitssatz fäll
4) Maunz-Dürig Art.19 GG Rand Nr.38.

dann ist nicht einzusehen, warum dieses nicht auch im Verhältnis Bund - Länder der Fall sein soll. Die Grundrechte gelten somit nach Art.19 Abs.3 GG nicht nur für juristische Personen des Privatrechts, sondern in bestimmten Situationen auch für die des öffentlichen Rechts, und zwar immer dann, wenn ein Gewaltunterworfenenverhältnis besteht; jedoch nicht nur in ihrem Verhältnis zu anderen juristischen Personen, sondern ebenso zu natürlichen Personen und Personenvereinigungen in anderen Rechtsformen [2], was sich aus der Gleichstellung mit diesen ergibt.

c) Ausländische juristische Personen

Eine weitere Frage innerhalb dieses Komplexes ist noch, ob der allgemeine Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG nicht für ausländische juristische Personen gilt, die im Bereich des GG ihren Sitz haben. Diese von IPSEN [3] vertretene Ansicht stimmt mit dem Wortlaut der Vorschrift überein; denn inländisch in Art.19 Abs.3 GG kann nicht bedeuten: in Deutschland bezw. im Geltungsbereich des GG ansässig, da bei einer solchen Interpretation der Begriff inländisch überflüssig wäre, weil das Grundgesetz nur im Inland Geltung haben kann. Es handelt sich deshalb dem Wortlaut nach nur um deutsche juristische Personen. Gleichwohl kann aber dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Art.3 Abs.1 GG gilt als Menschen-Grundrecht für inländische wie für ausländische natürliche Personen, die sich im Bereich des Grundgesetzes aufhalten, da es mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht zu vereinbaren ist, daß nur die Personen, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, im Falle einer Ungleichbehandlung sich auf diese Vorschrift berufen können. Wird nach Art.19 Abs.3 der Inhalt der Grundrechte auch den juristischen Personen zugebilligt, so ist nicht einzusehen, warum dieser Vorteil nur den inländischen, nicht aber den ausländischen, soweit sie sich

---

1) a) Gegen eine Anwendung der Grundrechte: Ehrensberger S. 132 ff.; Hamann Art.19 Anm.B 9; Maunz-Dürig Art.19 Abs.3 Rand Nr.29 ff.; Wengler, Festschrift S.27o f.
b) Für eine Anwendung der Grundrechte: v.Mangoldt-Klein Vorbem.B IX; Wernicke in BK Art.19 Anm. II 3a; Fuss DVBl 58/741.
c) Für eine Anwendung des Art.3 neben b): Ipsen, Gleichheit S.136 u.176.
2) v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm.II 9. (Forts.S.18)

im Geltungsbereich des GG befinden, zugute kommen soll. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt auch in diesem Falle die Anwendung auf ausländische juristische Personen im Geltungsbereich des GG, soweit sie staatlich zugelassen sind, da keinerlei Gründe für eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ersichtlich sind. Es ist jedoch einleuchtend, daß es sich dabei nur um die Anwendbarkeit solcher Grundrechte handeln kann, für die die Zugehörigkeit zum deutschen Staat nicht gerade wesensnotwendig ist. Das trifft aber für den allgemeinen Gleichheitssatz nicht zu, so daß sich auf diesen auch ausländische juristische Personen berufen können [1].

d) Nicht-juristische Personen

Als letzter Punkt dieses Abschnittes ist nun die Frage zu erörtern, ob sich auch andere Personenvereinigungen, die nicht juristische Personen, weder des privaten noch des öffentlichen Rechtes sind, und politische Parteien bei einer Ungleichbehandlung auf Art.3 Abs.1 GG berufen können.

da) Nicht-rechtsfähige Personenvereinigungen

Es besteht heute im Ergebnis kein Streit mehr darüber, daß auch nicht rechtsfähige Personenvereinigungen (z.B. OHG, KG usw.) sich auf bestimmte Grundrechte berufen können, deren Inhalt sich mit dem Wesen dieser Zusammenschlüsse verträgt. Als Begründung werden jedoch zwei verschiedene Ansichten vertreten. Die eine [2] leitet die

---

3) Forts. von S.17: Ipsen, Gleichheit S.135 f.

1) Mattern S.691; v.Mangoldt Art.19 Anm.5; v.Mangoldt-Klein Art.19 Anm.VI 2; Maunz, Staatsrecht S.86 f.; Nawiasky, Grundgedanken S.32; Hamann, Rechtsstaat S.47 f.; bezgl. des rechtlichen Gehörs BVerfGE in BB 1960/1263.a.A.Maunz-Dürig Art.19 Abs.3 Anm.VI 2 b; Ipsen, Gleichheit S.135 f. Eine Sicherung der ausländischen juristischen Personen führt Maunz-Dürig dadurch herbei, daß er mit der Zulassung eine Selbstbindung des Staates annimmt, die jede dem Gerechtigkeitsprinzip entgegenstehende Behandlung verbietet, also im praktischen Ergebnis zu einer Gleichbehandlung mit den inländischen juristischen Personen zwingt. Da er auf diesem Umwege im Ergebnis zu einer Anwendbarkeit des Art. 3 GG und damit der Grundrechte überhaupt gelangt, ist nicht einzusehen, warum dieses nicht über Art.19 Abs.3 GG direkt geschehen kann.

2) BVerfGE 4/7 (12); Muesk-Hipperdey S.109.

Anwendbarkeit der Grundrechte aus dem Grundgedanken des Art.19 Abs.3 GG her, wobei sich auch hier wiederum zwei Meinungen gebildet haben: Während das BVerfG meint, daß die nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen ihrem Wesen nach nicht so verschieden sind von den juristischen Personen, daß sie diesen für den Fall der Grundrechtsanwendbarkeit nicht gleichgestellt werden können, meint NIPPERDEY, daß, wenn schon den juristischen Personen die Grundrechte zugebilligt würden, dann diese erst recht den nicht-rechtsfähigen Personenvereinigungen zugesprochen werden müßten, die den natürlichen Personen, für die die Grundrechte geschaffen seien, doch wesentlich näher stünden. Die Anhänger der anderen Meinung [1] begründen die Anwendbarkeit der Grundrechte mit Art.9 Abs.1 GG: Da dieses Grundrecht nicht nur die Möglichkeit einer Entstehung, sondern auch den Bestand der Vereinigung garantiere [2], ergebe sich bereits daraus die Grundrechtsfähigkeit dieser Vereinigung. Eine brauchbare Stellungnahme zu diesen beiden Ansichten ist, soweit ersichtlich, bisher nicht erfolgt [3] und auch wohl nicht zu erwarten, da sie nicht kontradiktorisch, sondern nur zwei verschiedene Wege sind, die zum selben Ziel führen. Dennoch sollte man eine Lösung aus Art.9 Abs.1 GG vorziehen, wobei jedoch die Beschränkung des Art. 19 Abs.3 GG auf das Wesen des jeweiligen Grundrechts mit hinzugezogen werden muß; denn dieser Weg ist eindeutiger und klarer, da sich mindestens bei der Erstrecht-Folgerung trefflich streiten ließe, ob im konkreten Fall die Personenvereinigung "nicht so verschieden" ist oder doch "so verschieden" ist.
Da eine ungleiche Behandlung nicht-rechtsfähiger Personenvereinigungen denkbar ist, kann der Inhalt des Art.3 Abs.1 GG auch auf diese angewandt werden.

---

1) Maunz-Dürig Art.19 Abs.3 Anm.VII 1 - 3.
2) Vergl. v.Mangoldt-Klein Art.9 Anm. III 1; Huber I S.25o.
3) Die Bemerkung Maunz-Dürigs (Art.19 Abs.3 Anm.VII 1) der terminus technicus 'juristische Person' gestatte insoweit sicher keine Analogieschlüsse und Erst-recht-Folgerungen, wie auch die Ansicht Forsthoffs (AöR 76/373), der terminus sei exakt zu nehmen, sind wertlos, da eine nähere Begründung fehlt.

db) Politische Parteien

Dasselbe muß auch für politische Parteien und nichtrechtsfähige Wählergruppen gelten [1]. Jedoch kann man bei den politischen Parteien die Grundrechtsfähigkeit neben den soeben aufgeführten Möglichkeiten auch noch aus Art.21 Abs.1 GG herleiten; denn nicht nur als politische und soziologische, sondern auch als rechtlich relevante Organisationen sind sie zu integrierenden Bestandteilen des Verfassungsaufbaus und des verfassungsrechtlich geordneten politischen Lebens geworden [2]. Ihr Recht auf Mitwirkung bei der politischen Willensbildung des Volkes können sie aber nur dann voll ausüben, wenn ihnen auch die Grundrechte, soweit sie entsprechend ihrem Inhalt nach anwendbar sind, zugestanden werden [3].

Der ablehnenden Meinung FORSTHOFF's [4], man könne nicht, ohne den Begriff des Grundrechts geradezu aufzulösen, die Rechtsverhältnisse der an der politischen Willensbildung Beteiligten den Grundrechten unterstellen, soweit es sich um Vorgänge eben dieser politischen Willensbildung handelt, kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Es ist einleuchtend, daß eine politische Partei, die bei einer Abstimmung im Parlament unterlegen ist, sich nicht auf die Grundrechte berufen kann, um durch diese als "Hintertür" ihrer Ansicht noch Geltung zu verschaffen. Ebenso verhält es sich in allen Fällen, in denen die Parteien Staatsmacht verkörpern. Nun ist aber die Stellung der politischen Parteien im Wahlverfahren gegenüber der Staatsgewalt nicht eine Beziehung, die nur mit ihrer "Rechtsfähigkeit" [5] zusammenhängt [6]; vielmehr handelt es sich hier bereits

---

1) Auch die politischen Parteien sind Träger subjektiver öffentlicher Rechte im Wahlverfahren. v.der Heydte S.469; Nass S.148. Vergl. auch Hamann Art.19 Anm.B.11; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm. II 9.
2) Leibholz DVBl 5o/195; vergl. auch v.der Heydte S.471 f. Jacob NJW 6o/193o.
3) v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm.II 9; Maunz-Dürig Art.19 Abs.3 Anm. VII 4 c.
4) Forsthoff AöR 76/373 f.
5) Dieser Begriff ist hier nicht im rechtstechnischen Sinne zu verstehen, da es für die politischen Parteien und Wählervereinigungen nicht wesensnotwendig ist, daß sie juristische Personen sind.
6) Für diesen Fall bejaht Forsthoff (AöR 76/374) die Anwendbarkeit des Art.3 GG.

um Zuständigkeiten und Rechte innerhalb der Verfassungssphäre, da es sich um das Vorfeld politischer Willensbildung handelt. Daß eine Partei durch ein Wahlgesetz nicht grundsätzlich unterdrückt werden darf, ergibt sich zwingend aus Art.21 GG, da sie Träger des Volkswillens ist. Weil es bei jeder Wahl um die Existenz der Parteien geht, die Voraussetzung für ihre Rechtsfähigkeit ist, ist diese Existenz hier ggf. mitbetroffen. Deshalb müssen bei der Willensbildung des Volkes, d.h. bei der Vereinigung der einzelnen Stimmen in den Parteien, diesen gleiche Chancen eingeräumt werden, wie sie durch Art.3 Abs.1 GG garantiert werden. Hinzu kommt, daß es auch aus praktischen Erwägungen widersinnig wäre, den Parteien eine Berufung auf Art. 3 GG zu versagen, da gerade auf dem Sektor der Wahl das für Grundrechte so typische Spannungsverhältnis Staat - Individuum in vergleichbarer Weise zwischen Staat und politischen Parteien besteht. Von einer Auflösung der Grundrechte kann deshalb keine Rede sein.

3. Hauptteil: Umfang der Bindung des Art 3 Abs.1 GG

A. Bindung des Gesetzgebers

I. Rechtsprechung des BVerfG:

Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 23.Oktober 1951 - 2 BvG 1/51-[1] im 18. Leitsatz ausgesprochen, daß der Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG auch den Gesetzgeber binde. Damit hat es sich für die in der Zeit der Weimarer Republik entstandene sogenannte neue Lehre entschieden, die neben einer Bindung der Verwaltung und Rechtsprechung auch eine solche der Gesetzgebung bejahte.

II. Kritische Stellungnahme:

Wenn auch diese Streitfrage in der Lehre heute zugunsten der neuen Auffassung entschieden ist, so erscheint es trotzdem angebracht, die einzelnen Probleme noch einmal zu erörtern, da mit dem Erlaß des GG und vor allem des Art. 1 Abs.3 GG sowie des oben aufgeführten Urteils keineswegs einhellige Meinung darüber bestand, daß der Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG nun rechtlich auch den Gesetzgeber binde.

1. Auslegung nach dem Wortlaut

a) Begriff: Gesetz

Eine Untersuchung des Wortlautes muß zwangsläufig bei dem Begriff des Gesetzes beginnen und zwar mit der Frage: ist das Gesetz im Sinne dieser Vorschrift die Verfassung selbst[2] oder das formelle bezw. materielle Gesetz[3]. Zwingende Anhaltspunkte sind aus Art.3 Abs. 1 GG für keine Version zu entnehmen. Untersucht man die einzelnen Artikel des GG auf die Bedeutung des Begriffes "Gesetz", so ergibt sich,

---

1) BVerfGE 1/14 (16). Beiläufige Erwähnung ferner in 1/14 (52); 4/219 (243); 11/64 (71).

2) Die Präzisierung in Art.3 Abs.1 GG "vor dem Gesetz" ist im Hinblick auf Art.1 Abs.3 GG als vor der Verfassung zu lesen. Huss JZ 59/330; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm. III 4 a (S. 201).

3) Nach allgemeiner Auffassung versteht man heute darunter jede Norm materiellen Rechts. Vergl.dazu statt vieler: Curti S.99; Fleiner-Giacometti S.402; Ipsen, Gleichheit S. 158; Ruck S.84.

daß es insgesamt vier verschiedene Gesetzesarten kennt: das Grundgesetz z.B. Art.143 Abs.1 GG; das Bundesgesetz z.B. Art.84 Abs.1 GG; das Landesgesetz z.B. Art.135 Abs.7 und das Gesetz schlechthin. Unter dem Gesetz ist die Verfassung, unter Bundesgesetzen und Landesgesetzen sind dagegen einfache Gesetze zu verstehen [1]. Verschiedene Möglichkeiten kann es daher nur bei dem Begriff "Gesetz" geben. Überprüft man die einzelnen Artikel, in denen de Verfassungsgeber vom Gesetz spricht, so ist in allen Fällen bis vielleicht auf Art. 2o Abs.3 GG eindeutig, daß nur einfache Gesetze damit gemeint sein können. Nach dem Wortlaut des Art. 2o Abs.3 GG: "..., die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden", besteht die Möglichkeit, unter "Gesetz" sowohl die Verfassung als auch das einfache Gesetz zu verstehen. Eine generelle Bestimmung in dem einen oder anderen Sinne kann deshalb für das GG nicht getroffen werden, weshalb keine Schlußfolgerungen aus diesem Begriff für oder gegen eine Bindung auch des Gesetzgebers gezogen werden können.

b) Begriff: vor

Ebenso läßt sich aus dem Begriff "vor" in Art.3 Abs.1 GG nichts herleiten. Dieser kann räumlich und zeitlich gedeutet werden: Räumlich, indem man bildlich gesprochen das Individuum oder die juristische Person dem Gesetz gegenüberstellt und ihr Verhalten an diesem überprüft [2]; zeitlich, indem man die Gleichheit aller Menschen vor jedem denkbaren Entstehen eines Gesetzes ansetzt [3]. Während im ersten Falle eine Bindung des Gesetzgebers ausgeschlossen wäre, müßte sie im zweiten bejaht werden. Klarheit ist demnach auch von hier aus nicht zu gewinnen [4].

---

1) "einfach", verstanden im Gegensatz zur Verfassung.
2) so Mainzer S.24.
3) Vergl. Böckenförde S.13.
4) Deshalb ist auch der Meinung Leibholz' nicht zuzustimmen, nach der sich durch eine Verlagerung des Schwergewichts auf das Wörtchen "vor" eine Bindung des Gesetzgebers durch die Verfassung ergeben soll. (Gleichheit S.35).

c) Wortlaut der Abs. 2 und 3

Als letzte Möglichkeit, an Hand des Wortlautes zu einer Lösung dieser Frage zu kommen, bliebe ein Vergleich mit den Absätzen 2 und 3 des Art.3 GG. Aber auch aufgrund dieser Vorschriften läßt sich keine eindeutige Aussage machen; denn der Abs.2 kann zwar eine Bindung auch des Gesetzgebers voraussetzen, muß dieses aber nicht tun, da er auch ohne eine solche Bindung noch einen Sinn behält; denn mindestens kommt ihm eine Bedeutung für Maßnahmen der Verwaltungsorgane zu. Dasselbe gilt auch für den Abs.3 . Außerdem handelt es sich bei diesen Vorschriften nicht um Auslegungsgrundsätze für Abs.1, sondern um Spezialregelungen, für die eine Bindung des Gesetzgebers bestehen kann, ohne daß damit auch eine solche für den Abs. 1 gegeben sein muß.
Aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs.1 GG läßt sich daher die Frage nach einer Bindung auch des Gesetzgebers an diese Vorschrift nicht beantworten [1].

2. Motive des Art.3 Abs.1 GG

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob sich aus den Motiven zu Art.3 GG eine Bindung des Gesetzgebers herleiten läßt. Art. 14 des Entwurfs von Herrenchiemsee [2], der den Gleichheitssatz betraf, hatte folgenden Wortlaut:

1. Vor dem Gesetz sind alle gleich.
2. Der Grundsatz der Gleichheit bindet auch den Gesetzgeber.
3. Jeder hat Anspruch auf gleiche wirtschaftliche und kulturelle Entwicklungsmöglichkeiten.

Der Darstellende Teil betonte auf S.22, daß durch diesen Artikel die alte Streitfrage, ob die Gleichheitsforderung auch den Gesetzgeber binde, in bejahendem Sinne geschlichtet wurde [3].
Entgegen diesem Wortlaut wurde für die sechste Sitzung

---

1) Eine Bindung des Gesetzgebers ist durch den Wortlaut des Art. 1o9 WRV weder zu beweisen noch zu widerlegen. Thoma, Handbuch II S.152; Dix S.14.
2) Herrenchiemsee-Entwurf S.62 f.;
3) Matz, IöR n.F. Bd.I S.66.

des Grundsatzausschusses des Parlamentarischen Rates folgende Fassung zu Art.17 vorgeschlagen:

1. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.
2. Alle Männer und Frauen haben dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.
3. Niemand darf seiner Abstammung, seiner Rasse, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen wegen benachteiligt oder bevorzugt werden [1].

In der zweiten Lesung des Hauptausschusses lautete dieser nun mit der Nummer 4 bezifferte Artikel, soweit er für die anstehende Frage Bedeutung hat:

1. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Das Gesetz muß Gleiches gleich, es kann Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln. Jedoch dürfen die Grundrechte nicht angetastet werden [2].

Zur dritten Lesung im Hauptausschuß lag ein Vorschlag des Fünferausschusses vor, in dem in Abs.1 die Sätze 2 und 3 ohne nähere Begründung gestrichen waren. Diesem Vorschlag stimmte der Hauptausschuß in der dritten Lesung zu, und diese Passung blieb auch in der vierten Lesung des Hauptausschusses und im Plenum unverändert [3].

Aus den verschiedenen Formen der einzelnen Entwürfe ergibt sich, daß man immer wieder geschwankt hat, ob man eine Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz ausdrücklich erklären sollte oder nicht. Zur ersten Fassung des Parlamentarischen Rates erklärte der Abgeordnete Dr.v.MANGOLDT, daß die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz jetzt in Art. 1 Abs.3 GG normiert worden sei [4]. Dennoch hielt man es für notwendig, vor der zweiten Lesung im Hauptausschuß dem Abs.1 die Sätze 2 und 3 anzufügen, wodurch die unter der Weimarer Reichsverfassung stark umstrittene Frage eindeutig geklärt wurde [5]. Warum anschließend der

---

1) Matz, IöR n.F. Bd-1 S.67.
2) Parlamentarischer Rat HA S.2o6.
3) Matz IöR n.F. Bd.1 S.72; Parlamentarischer Rat HA S.613 und 744.
4) zit.bei Matz IöR n.F. Bd.1 S.67; Ders. Art.3 Anm.2 u.3.

Fünferausschuß diese Sätze wieder gestrichen und der Hauptausschuß wie das Plenum der neuen Fassung ohne eine Diskussion zugestimmt hat, läßt sich nicht feststellen. Es ist möglich, daß man in Art.1 Abs.3 GG eine hinreichende Klärung dieses Streites sah, es ist aber auch möglich, daß man den Streit aus der Zeit der Weimarer Reichsverfassung noch nicht gewaltsam zugunsten einer Seite klären, sondern den Ausgang der Wissenschaft überlassen wollte. Es bleibt aber auch die Möglichkeit, daß man der eingeführten klassischen Formulierung nichts hinzufügen wollte, um dem Gleichheitssatz den Inhalt zu geben, den er aufgrund einer langen geschichtlichen Entwicklung in der Weimarer Zeit erhalten hatte [1]. Wie dem auch sei, für die Beantwortung der vorliegenden Frage ist mit letzter Sicherheit auch aus den Motiven zu Art.3 GG nichts zu gewinnen. Ganz abgesehen davon können die Meinungen und Ziele des Gesetzgebers, selbst wenn sie festgestellt werden können, für die Auslegung nur Anhaltspunkte und keine Bindung bedeuten; denn einerseits kommt es auf das an, was der Gesetzgeber ausgesprochen hat, andererseits ist später eine andere Auslegung möglich, sofern das Rechtsempfinden sich geändert hat oder andere Gründe einen solchen Bedeutungswandel rechtfertigen [2].

3. Die geschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes

a) Paulskirchenparlament

Die Grundrechte haben sich aus den altenglischen Volksrechten über die nordamerikanischen und später französischen Freiheitsrechte entwickelt.[3]. Als Grundrecht für ganz Deutschland wurde der allgemeine Gleichheitssatz erstmals in Abschnitt VI Art.II § 137 Abs.3 der Verfassung der

---

1) Vergl. Böckenförde S.38.
2) Siehe dazu Kaufmann (9) S.13; Dix S.21; Zinn-Stein Anm. VI 5 b vor Art.1.
3) Vergl.dazu näher: Huber AöR n.F. Bd.23 S.3ff.

Frankfurter Nationalversammlung vom 27.XII.1848 niedergelegt. Diese Vorschrift ging zurück auf Art.6 der Belgischen Verfassung von 1831 [1] und lautete: D i e D e u t s c h e n s i n d v o r d e m G e s e t z g l e i c h. (Les Belges sont égaux devant la loi). Die Grundrechte der Verfassung der Frankfurter Nationalversammlung waren im allgemeinen als Freiheitsrechte gedacht, d.h. sie wollten in erster Linie dem Individuum eine staatsfreie Sphäre schaffen. Als Norm für die Gesetzgebung war das Gleichheitsprinzip des § 137 Abs.3 nicht gedacht. Sinn des Satzes war vielmehr die Beseitigung der letzten Reste des ständischen Staates, wie sich aus dem Aufbau des § 137 deutlich ergibt [2]. Durch den Zusammenbruch der Bewegung war eine einheitliche Verfassungsbildung zunächst gescheitert. An deren Stelle traten die Verfassungen der Einzelstaaten.

b) Preußische Verfassung

Art.4 der Preußischen Verfassung vom 31.I.185o geht ebenfalls auf Art.6 der Belgischen Verfassung zurück und lautet:

> Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich.
> Standesvorrechte finden nicht statt.
> Die öffentlichen Ämter sind, unter Einhaltung der von den Gesetzen festgestellten Bedingungen, für alle dazu befähigten gleich zugänglich.

Die weit überwiegende Mehrheit der Vertreter der Lehre war der Ansicht, daß der Begriff v o r dem Gesetz a n g e s i c h t s des Gesetzes bedeute, d.h. daß Art.4 S.1 nicht davon spreche, was in den Gesetzen stehen und was nicht in ihnen stehen soll, sondern nur, daß das Gesetz, einerlei, was es enthält und wer der ist, an den es sich richtet, rückhaltlos angewandt werden soll [3]. Aber auch damals gab es bereits Stimmen, die behapteten, daß nicht die Gleichheit vor dem Richter in Art.4 verkündet werde, sondern daß das Gesetz keinen Unterschied machen solle. [1]

---

1) Stier-Somlo S.174; Planitz S.614; Voigt S.7o; zur Gesamtgeschichte: Voigt S.82 ff. (bes.S.95 F.); Zinn-Stein Anm.II vor Art.1.
2) Planitz S.615 f.; Mainzer S.61 f.
3) Anschütz, Verfassungsurkunde Art.4 Anm.2; Dix S.8;

Diese drangen jedoch nicht durch.

c) Verfassung des Deutschen Reiches.

Nach der Errichtung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches von 1871 waren Grundrechte nur in den Verfassungen der Einzelstaaten garantiert [2]. Erst in der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 befinden sich im zweiten Hauptteil wieder Grundrechte. Art.1o9, der erste in dieser Reihe, spricht in seinem ersten Satz aus:

Alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich.

An der Geltung dieser Vorschrift entzündete sich dann der Streit, der um eine Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz entbrannte. Während die Anhänger der sogen. älteren Lehre: Anschütz, Giese, Stier-Somlo, Thoma, Morstein-Marx, Mainzer und Jahrreiss eine Bindung ablehnten und teilweise auch nach Erlaß des GG ablehnen [3], wurde eine solche zuerst von Hatschek [4], dann von Triepel, Leibholz, Kaufmann [5], Schmitt, Aldag, Jellinek und später auch von Stier-Somlo bejaht [6]. Die Anhänger der älteren Lehre halten sich streng an den Wortlaut der Vorschrift und stützen sich dabei auf die Sinngebung der Frankfurter Nationalversammlung und der Preußischen Verfassung [7]. Im Gegensatz dazu berufen sich die Vertreter der neueren

---

1) Abgeordneter Tamnau zit. bei Anschütz, Verfassungsurkunde Art.4 Anm.2; vergl. auch v.Hippel AöR n.F. 1o S.126 f..
2) Planitz S.618.
3) z.B. Thoma, DVBl 51/457 ff.
4) Hatschek S.196.
5) Nach Kaufmann (3) S.6 besagt der Gleichheitssatz nur etwas wirklich bedeutsames in seiner Anwendung auf den Gesetzgeber. Aldag S.6 beruft sich auf den Zufall, von dem es vielfach abhänge, ob eine Materie durch Verfügung oder Verordnung geregelt werde.
6) Zu allen Anschütz, Komm.Art.1o9 Literaturverzeichnis.
7) so Anschütz, Komm.Art.1o9 Anm.1; Apelt DRZ 46/7o; Breihold Pr.Verw.Bl. 1925/26 S.111.

Lehre auf einen Bedeutungswandel des allgemeinen Gleichheitssatzes [1] und verweisen dabei vor allem auf die Auslegung, die dem Gleichheitssatz in der Schweizer- und Amerikanischen Verfassung zuteil wird [2].

d) Schweizer Bundesverfassung

Art.4 der Schweizer Bundesverfassung von 1874 lautet:

> Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich.
> Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen.

Die sprachliche Fassung v o r d e m G e s e t z wird in altüberlieferter und unbestrittener Gerichts- und Verwaltungspraxis dahin verstanden, daß das Gebot rechtsgleicher Behandlung nicht nur gegenüber den Gesetzen gelte, also bei ihrer Durchführung durch die Verwaltungsbehörden und Gerichte, sondern ebenso für die Gesetze selbst, also auch für die rechtsetzende Tätigkeit der gesetzgebenden Behörden [3].

e) Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat der allgemeine Gleichheitssatz im XIV. Amendment Zugang in die Verfassung

---

1) d.h.: Die Normen und die in ihnen verwendeten Begriffe müssen von der Wirklichkeit her begriffen und zu bestimmen versucht werden. Dabei kann ein Wandel der Verfassungswirklichkeit die Auslegung des Verfassungsrechts maßgeblich beeinflussen. So können Verfassungsnormen, ohne daß sich ihr Wortlaut zu ändern braucht, die sich wandelnde politische Wirklichkeit inhaltlich in sich aufnehmen und hierdurch eine Änderung der bisherigen Auslegung notwendig machen. (Vergl. dazu Aldag S.18; Böckenförde S.29 u.41; Dix S.16; Huber AöR n.F. 23 S.2; Leibholz, Strukturprobleme S.278 f.; Zinn-Stein Anm. VI 1 vor Art.1; einen Bedeutungswandel bejahen ferner: Fuss JZ 59/329; Ipsen, Gleichheit S.118 f.). Die Anhänger der älteren Lehre weisen gegen die Berufung auf einen Bedeutungswandel z.B. darauf hin, daß keine ausreichenden Gründe für ein Abgehen von der bisherigen Auslegung bestehen (v.Hippel AöR n.F.Bd.1o S.138 f.); jede weitere Auslegung enthalte die unrichtige Meinung, daß es einen oder mehrere ungesetzte Gleichheitssätze gebe (Jahrreiss S.629) und die Bedeutung der Vorschrift auch ohne eine Bindung des Gesetzgebers noch groß genug sei (Anschütz, Komm.Art.1o9 Anm. 2 I S.524 f.).
2) Stier-Somlo S.178; Fleiner Giacometti S.4o3.
3) Burckhardt Art.4 Anm.II 1 A b; Fleiner Giacometti S.41o; Ruck S. 84; Triepel S.26 f.

gefunden. Der entscheidende Satz lautet:

> No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws [1) 2)].

Diese Vorschrift kam erst mit dem Bürgerkrieg auf und wurde als ein zum Schutz der emanzipierten Neger an die Staaten gerichtetes Verbot eingefügt. Im Laufe der Zeit nahm der Grundsatz aber eine allgemeingültige Bedeutung an und gilt durch die Unterstellung unter die 'oneprocess-Klausel' des V.Amendments nunmehr auch als Schranke für den Bundesgesetzgeber [3)].

Aus der geschichtlichen Betrachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Deutschen Verfassungsrecht mit einem Seitenblick auf das Schweizer und das amerikanische Verfassungsrecht ergibt sich, daß sowohl die Vertreter einer Bindung wie auch die einer Nichtbindung des Gesetzgebers sich auf eine Vorschrift berufen, die expressis verbis eine solche weder bejaht noch verneint. Nun gilt der Grundsatz, daß nur dort sichere Schlüsse für die Auslegung aus der geschichtlichen Entwicklung zu erwarten sind, wo auch ein geistiger Zusammenhang zwischen den fraglichen Zeitabschnitten besteht [4)]. Selbst wenn man also zwischen den einzelnen Verfassungen sowohl innerhalb Deutschlands wie auch der schweizerischen und amerikanischen eine geistige Verwandtschaft erblickt, was im Einzelfall noch streitig sein kann, im Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes aber bejaht werden darf, so ist trotzdem aufgrund der geschichtlichen Aussage nicht zwingend, daß auch eine Bindung des

---

1) Willoughby S. LXXXVII.
2) Kein Staat soll irgendein Gesetz geben oder in Kraft setzen, das die Vorrechte oder Freiheiten der Bürger der Vereinigten Staaten verkürzt; auch soll kein Staat jemand des Lebens, der Freiheit und des Eigentums ohne ordentliches Gerichtsverfahren berauben, noch irgendjemandem innerhalb seiner Gerichtsbarkeit den gleichmäßigen Schutz der Gesetze versagen (Beck S.409).
3) Loewenstein, Verfassungsrecht S. 496; Freund S.55; Triepel S.26.
4) Dies S. 9.

Gesetzgebers bestehen muß. Die Geschichte sagt lediglich, daß innerhalb einer bestimmten Epoche einem Rechtssatz ein konkreter Inhalt beigelegt wurde, der nicht unbedingt richtig zu sein braucht, aber den Vorstellungen seiner Zeit entspricht. Aus diesem Grunde kann das Ergebnis einer geschichtlichen Betrachtung nicht auf gegenwärtige Verhältnisse übertragen werden, um damit einen bestimmten Inhalt einer Norm zu begründen, sondern allenfalls um eine etwa aus anderen gesetzlichen Vorschriften erarbeitete Meinung zu stützen [1]. Es soll deshalb im folgenden versucht werden, aus dem Grundgesetz selbst eine Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz zu begründen.

4. System des GG

a) Bindung aufgrund Art. 1 Abs.3 GG

In Weiterentwicklung der sogen. neuen Lehre aus der Weimarer Zeit und der eingangs erwähnten Entscheidung des BVerfG wird heute allgemein auch eine Bindung des Gesetzgebers an Art.3 Abs.1 GG bejaht. Zur Begründung stützt man sich dabei auf Art.1 Abs.3 GG [2]. Gegen diese Auffassung bestehen jedoch hinsichtlich der Begründung Bedenken. Aus dem Wortlaut des Art.1 Abs.3 GG: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht" kann eine uneingeschränkte Bindung des Gesetzgebers nicht geschlossen werden [3]; denn eine Bindung an die Grundrechte setzt voraus, daß das jeweilige Grundrecht seiner Aussage nach einer solchen

---

1) Vergl. Böckenförde S.36; Dix S.27; BVerfGE 1/299 (312).
2) Giese-Schunck, Art.3 Anm.2; Hamann Art.3 Anm.B 3; ders. Rechtsstaat S.48; Kipp S.1oo; Leibholz, Gleichheit S.241; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm.III 2 (der neben der Gleichsetzung von Gesetz und Verfassung eine Bindung auch aus Art.1 Abs.3 bejaht); Maunz, Staatsrecht S.1o4; Nawiasky-Leusser S.2oo; v.Münch S.28o f.; Apelt JZ 51/357.
3) Das Wort unmittelbar bestimmt de Begriff: Geltung in Bezug auf die Rechtsetzung nicht näher, da es einen Mittler zwischen Verfassungsgeber und Gesetzgeber und also eine mittelbare Geltung für die Rechtsetzung nicht gibt. Unmittelbar heißt deshalb Geltung der Grundrechte ohne ihre Aufnahme in die Landesverfassungen. Vergl.Böckenförde S.11 f.

Bindung zugänglich ist [1]. Da Art.3 Abs.1 GG auch als Rechtsanwendungsgleichheit noch einen Sinn behält, müßte nunmehr in eine Teleologische Betrachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes eingetreten werden, wenn sich nicht aus einer anderen Vorschrift die Bindung des Gesetzgebers noch begründen ließe.

b) Bindung aufgrund Art.1 Abs.3 i.Verb.m.Art.2o Abs.3 GG

Eine solche Begründung liegt in Art.2o Abs.3 GG: Unter der verfassungsmässigen Ordnung versteht man u.a. für den Gesetzgeber die Bindung an das GG mit allen seinen Vorschriften, durch das ein bestimmtes Kultur- oder Wertsystem für das Staatsleben erklärt wird [2]. Für diesen Fall kann es dann nicht mehr darauf ankommen, ob der einzelne Artikel seinem Wortlaut nach einer Bindung des Gesetzgebers zugänglich ist, sondern nur das System ist entscheidend. Da zu dem Wertsystem des GG das Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip u.s.w. zählt und diese für den Gesetzgeber verbindlich sind, besteht auch eine Bindung an das Gleichheitsprinzip, das mit dem Rechtsstaatsprinzip untrennbar zusammenhängt. Die Bindung des Gesetzgebers an Art.3 Abs.1 GG wird daher richtiger aus Art.1 Abs.3 in Verb.m. Art.2o Abs.3 begründet [3] [4] 5

---

1) So haben dann auch Mallmann JZ 5o/411 und Zeidler DöV 52/4 ausgeführt, daß durch Art.1 Abs.3 GG nicht der Inhalt der Grundrechte geändert werde, sondern nur ihr Wirkungsgrad verstärkt werde. Vergl. auch Leisner S.121.

2) v.Mangoldt-Klein Art.2o Anm. VI 4 e; Hamann Art.2o Anm.B 8 bb; Smend S. 265.

3) Damit ist nicht gesagt, daß ohne diese Vorschrift eine Bindung des Gesetzgebers nicht bestehen würde; denn es ist durchaus möglich, daß sich der Inhalt einer Norm im Laufe der Zeit ändert und der neue Inhalt als Gewohnheitsverfassungsrecht besteht oder der Norm, aus der er hervorgegangen ist, unterlegt wird. Die hiermit im einzelnen verbundene Problematik kann jedoch im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter verfolgt werden. Eine Bindung aufgrund Art.1 Abs.3: Verb.m.Art.2o Abs.3 GG bejaht Echterhölter in BB 1961/1o18.

4) Nach Hesse AöR n.F. Bd. 76 S.2o5 ff. ergibt sich die Bindung des Gesetzgebers aus ethischen Gesichtspunkten, aus der Wechselbeziehung von Gleichheit und Gerechtigkeit, die sich äussert in dem ersten Satz des Rechtsgefühls, dem fundamentalsten aller Rechtssätze: Gleiche Fälle trifft gleiche Regel.

(Forts.S.33)

B) Bindung der Rechtsanwendung und Rechtsprechung

Soweit Art.3 Abs.1 GG sich an die Organe der Rechtsanwendung und Rechtsprechung wendet, ist er stets selbstverständlich gewesen und soweit ersichtlich auch nicht angegriffen worden;[1] denn die Bindung dieser Organe läßt sich auch nach der ursprünglichen Interpretation des Wortes "vor", als vor dem bestehenden Gesetz verstanden, wesentlich leichter aus Art.3 Abs.1 GG entnehmen und begründen als etwa die des Gesetzgebers.

---

5) Forts.S.32: Die Auffassung Apelts in NJW 49/482, die Bindung auch des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz sei mit dem liberalen Freiheitsprinzip unvereinbar, wie die Entwicklung in den autoritären Staaten z.B. UdSSR zeige, wo der Gleichheitssatz den Freiheitssatz verschlungen habe, und deshalb sei eine Bindung nicht zulässig, ist nicht richtig. Es besteht zwar ein Spaanungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit, aber dieses Verhältnis bedeutet nicht: Freiheit geht vor Gleichheit (so die liberale Demokratie: Locke, Montesquieu und im Anschluß daran z.B. Dürig, Gleichheit S.986) noch Gleichheit geht vor Freiheit (so die egalitäre Demokratie - Rousseau -), sondern das richtige Verhältnis in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist G l e i c h h e i t und F r e i h e i t. Vergl. Fuss JZ 59/329; Huber AöR n.F. Bd.23 S.3o; v.Kraus S.29; Zinn-Stein Anm. II 2 vor Art.1 S.92.

Ipsen, Gleichheit S.157, lehnt die Bindung des Gesetzgebers ab, da die Vorschrift verstanden als Gerechtigkeitsgebot und Willkürverbot nicht jutiziabel sei. Ebenso Leisner S.121 f. Zutreffend hat Böcken förde S.14 hiergegen eingewandt, daß es sich bei dieser Meinung um die Vermengung zweier unrichtiger Gesichtspunkte handelt: und zwar um die Frage nach der Bindung und die der Prüfung, ob der Bindung genügt wurde. -Ein Widerspruch b esteht bei Ipsen insofern, als er die Bindung des Gesetzgebers in Gleichheit S.176 und Grundgesetz S.15 bejaht.
Auch Zeidler DöV 53/5 lehnt eine Bindung des Gesetzgebers an Art. 3 Abs.1 GG ab, da der Gesetzgeber nicht an etwas gebunden sein könne, das er selbst zu bestimmen habe. Dieses vermag nicht zu überzeugen, da eine Selbstbindung nicht außerhalb der Denkgesetzlichkeiten liegt. Man denke z.B. an die Geschäftsordnung des Bundestages, die sich dieses Organ auch selbst gegeben und an die es sich selbst gebunden hat.

---

1) Anschütz, Komm.Art.1o9 Anm.1; Ipsen, Gleichheit S.142; Nawiasky (3) S.35; Schröder S.233; Thoma DVBl 51/457.

3. Hauptteil: Inhalt des Art.3 Abs.1 GG

I. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat in zahlreichen Entscheidungen zum Inhalt des Gleichheitssatzes Stellung genommen. Diese sollen im folgenden in drei Gruppen unterteilt werden:
Allgemeine Gleichheit, Wahlgleichheit und Steuergleichheit.
Der Begriff: Allgemeine Gleichheit umschließt dabei zunächst die Grundsätze der Gleichheit überhaupt, sodann aber auch alles, was nicht zur Wahl- oder Steuergleichheit zählt. Mit der Aufgliederung in diese drei Gruppen soll auch gleichzeitig der sich mehr und mehr entwickelnden Sonderstellung der Wahl- und der Steuergleichheit Rechnung getragen werden.

1. Allgemeine Gleichheit:

Die Entscheidungen, in denen das BVerfG den allgemeinen Gleichheitssatz näher umschreibt, lassen sich in dem Satz zusammenfassen:
Wesentlich Gleiches muß gleich, wesentlich Ungleiches muß entsprechend der bestehenden Ungleichheit verschieden behandelt werden [1].

2. Wahlgleichheit:

Bei dieser Gruppe müssen die Entscheidungen in drei Sätze aufgegliedert werden: Die Wahlrechtsgleichheit ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes. Deshalb ist ein Verstoß gegen diese auch eine Verletzung des Art. 3 GG [2].
Allen Bürgern steht das aktive und das passive Wahlrecht in formell möglichst gleicher Weise zu [3].

---

1) BVerfGE: 1/14 (52); 1/264 (275); 3/58 (135); 9/237 (244); 11/64 (71).
2) BVerfGE: 1/2o8 (242); 3/383 (391); 4/31 (39); 4/375 (382); 6/84 (91); 7/99 (1o7); 9/124 (129 f.); 11/266 (271); 12/1o (25); 12/73 (76).
3) BVerfGE: 4/375 (382); 8/51 (68); 11/266 (272); 11/351 (364); 12/1o (25); 12/73 (77); 12/139 (142).

Grundsätzlich müssen alle Parteien formal gleichbehandelt werden (Chansengleichheit) [1].

3. Steuergleichheit:

Die unter diesem Begriff zusammenzufassenden Entscheidungen enthalten den Grundsatz:
Der Gesetzgeber ist an den Grundsatz der Steuergerechtigkeit gebunden, der sich aus Art. 3 Abs.1 GG ergibt [2].

II. Kritische Stellungnahme:

1. Inhaltsbestimmung aus dem Wortlaut des Art.3 Abs.1 GG

Aus dem Wortlaut des Art.3 Abs.1 GG lässt sich der Inhalt des Gleichheitssatzes nicht bestimmen. Der Satz: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich, ist wertneutral, d.h. er kann vom Wortsinn her den Begriff "égalité" im Sinne einer mechanischen Gleichheit wie auch die verhältnismäßige Gleichheit im Sinne von "aequitas" aussprechen [3]. Weiter führt auch nicht die Überlegung DIX' [4], selbst wenn man seiner Ansicht folgt, daß der Indikativ s i n d an Stelle eines s o l l e n s e i n gebraucht ist und der Satz deshalb als Verbot von Unterscheidungen zu verstehen sei, so ist damit noch nicht gesagt, welcher dieser Gleichheitsbegriffe in Art.3 Abs.1 GG angesprochen ist. Auch die sogen. besonderen Gleichheitssätze des GG vermögen die Frage nach dem Inhalt des Art.3 Abs. 1 nicht zu beantworten [5].

2. Inhaltsbestimmung aus der Entstehungsgeschichte:

Art.14 des Entwurfs von Herrenchiemsee vermag zur Klärung nichts beizutragen. Abs.1 dieser Vorschrift ist ebenso un-

---

1) BVerfGE: 1/208 (255); 3/19 (26); 3/383 (393); 6/84 (90); 6/273 (280); 7/99 (107); 8/51 (64).
2) BVerfGE: 6/55 (70); 9/3 (9); 9/237 (244); NJW 62/435; NJW 62/437.
3) Böckenförde S.34 f.
4) Dix S.13
5) Art. 3 II; III; 6 V; 9 III; 28 I; 33 I; II; III; 38 I; 101; 103 I.

bestimmt wie Art. 3 GG. Auch aus Abs. 3: Jeder hat Anspruch auf gleiche wirtschaftliche und kulturelle Entwicklungsmöglichkeiten lassen sich keine konkreten Ergebnisse gewinnen [1].

In der ersten Fassung für die erste Lesung des Hauptausschusses im Parlamentarischen Rat hatte der damalige Art.4 in Abs.2 ausgesprochen: Der Gesetzgeber muß Gleiches gleich, er kann Verschiedenes nach seiner Eigenart behandeln [2]. Dieser später wieder gestrichene Absatz vermag zwar einen Hinweis dafür zu geben, daß unter dem Gleichheitsbegriff nicht eine mechanische Gleichheit zu verstehen ist, zwingend ist selbst das nicht, auch wenn v.MANGOLDT [3] erklärt, daß trotz dieser Streichung die Vorschrift so behandelt werden müsse, als ob sich die gestrichenen Sätze noch im Text befänden. Es bleibt nämlich immer noch die Frage offen, ob diese Streichung, für deren Gründe sich aus den Protokollen nirgends ein Anhaltspunkt ergibt, wirklich erfolgt sind, weil man meint, damit die Möglichkeit für eine Diskriminierung aus rassischen Gründen zu schaffen [4], man sich nur kürzer fassen oder aber der eingeführten klassischen Formulierung nichts hinzufügen wollte, um dem Gleichheitssatz den Inhalt zu geben, den er aufgrund einer langen geschichtlichen Entwicklung in der Weimarer Zeit erhalten hatte [5]. Es lassen sich daher auch aus den Beratungen des Parlamentarischen Rates keine zwingenden Folgerungen ziehen.

3. Inhaltsbestimmung aufgrund einiger Meinungen der Rechtslehre:

Da Art. 3 Abs.1 GG und Art.1o9 Abs.1 WRV mit Ausnahme des Adressaten denselben Wortlaut haben, können auch die Autoren aus der Zeit der WRV herangezogen werden. Diese lassen sich nach den Ergebnissen ihrer Auslegung in folgenden Gruppen aufgliedern [6].

---

1) Herrenchiemsee-Entwurf S.62 f.
2) Parlamentarischer Rat HA S.2o6.
3) v.Mangoldt Art.3 Anm.2
4) so v.Mangoldt Art.3 Anm.2.
5) Böckenförde S.38.
6) Die Aufgliederung erfolgt in Anlehnung an Böckenförde S.43 ff. Dabei soll an dieser Stelle der Untersuchung noch keine kritische Würdigung der einzelnen Meinungen erfolgen.

a) Der Gleichheitssatz als Verbot von Ausnahmegesetzen

Nach Carl SCHMITT verbietet der Gleichheitssatz sogen. Ausnahmegesetze, die weiter nichts als nur Einzelbefehle an individuell bestimmte Personen oder Personenkreise enthalten; denn Gleichheit setze für die Rechtsanwendung eine Mehrheit voraus. Wo nur Einzelne oder eine Mehrheit von Einzelnen getroffen werden sollen, könne man nicht mehr von Gleichheit sprechen [1]. Im systematischen Zusammenhang stehe das Gleichheitsrecht neben dem Freiheitsrecht des einzelnen Individuums und bedeute das Recht auf freie Gleichheit und gleiche Freiheit, d.h. das Verbot jeder Privilegierung. Die praktische Bedeutung des Gleichheitsbegriffs liege darin, daß es den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff umschreibe [2].

b) Der Gleichheitssatz als Gebot persönlicher Rechtsgleichheit

Nach der Meinung NAWIASKY's und v.HIPPEL's muß man von der sachlichen Rechtsgleichheit die persönliche trennen und zwar im Sinne des Ausschusses irgendeiner Gruppenbildung. In der Reichsverfassung sei von der sachlichen Rechtsgleichheit so gut wie nichts gesagt. Dagegen durchziehe sie aber wie ein roter Faden der Gedanke, daß die Zugehörigkeit zu einem Stand, Geschlecht u.s.w. grundsätzlich vom Gesetzgeber nicht zum Ausgangspunkt einer Differenzierung gemacht werden dürfe. Dieser Grundsatz sei im Gleichheitssatz ausgesprochen: Es dürfe kein Gesetz erlassen werden, das in absehbarer Zeit eine Unterscheidung der einzelnen nach ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten sozialen Gruppen bewirke. Was dabei als soziale Gruppe anzusehen sei, bestimme sich nach den maßgeblichen gesellschaftlichen Anschauungen. Der von dem Bearbeiter anzuwendende Maßstab sei blendend einfach: die absolute

---

6) Forts. v.S.36: da dieses zwangsläufig zu einer Untersuchung der Verletzungskriterien führen würde. Es verbleibt deshalb an dieser Stelle bei einer reinen Darstellung, in welchen Richtungen Versuche einer Inhaltsandeutung unternommen worden sind. -

---

1) Schmitt, Verfassungslehre S.154 f.; ders. Unabhängigkeit S.22.

Gleichheit. Jede wie auch immer geartete Unterscheidung sei unzulässig [1].

c) Der Gleichheitssatz als Willkürverbot [2]

LEIBHOLZ vertritt die Ansicht, daß unter dem Gleichheitsbegriff nur eine verhältnismäße Gleichheit zu verstehen sei. Deshalb haben die Menschen, die einander wesentlich gleich sind, insoweit auch Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung durch den Gesetzgeber in persönlicher und sachlicher Hinsicht. Ausgehend von dem aristotelischen Begriff der relativen Gleichheit, der im Verhältnis zwischen dem Einzelnen und der Gemeinschaft allein der Gerechtigkeit entspricht, beschränkt er den Inhalt des Art.1o9 Abs.1 WRV auf das Verbot der nicht subjektiv verstandenen Willkür und definiert die Gleichheit daran anschließend als die nach dem jeweiligen Rechtsbewußtsein nicht willkürliche Handhabung des an die Adresse von Rechtssubjekten gerichtete Rechtes durch den Gesetzgeber und die Vollziehung (Verwaltung und Justiz). Willkürliches Recht ist dabei zugleich unrichtiges Recht und unterscheidet sich von diesem nur rein quantitativ in der Weise, daß für den staatlichen Akt schlechterdings überhaupt kein oder doch jedenfalls nur ein in der Hauptsache unvernünftiger Grund angeführt werden kann [3].

d) Der Gleichheitssatz als Gerechtigkeitsgebot

KAUFMANN sieht in dem Gleichheitssatz das Verbot ungerechtfertigter Unterscheidungen und Nichtunterscheidungen. Die Verschiedenheiten in der Behandlung müssen auf vernünftigen Erwägungen in der Natur der Sache beruhen und dem inneren Zweck der Ordnung der betreffenden Lebensverhältnisse gerecht werden. Der Gerechtigkeitsbegriff liegt in einem dem Menschen vorgegebenen objektiven Wertgefüge. Jedoch können nur gute und gerechte Persönlichkeiten den Inhalt

---

1) Nawiasky (3) S.56 ff.; v.Hippel AöR n.F. Bd.1o S.143 ff. Im Ergebnis soch auch Jerusalem in NJW 52/47.
2) Diese Theorie, die im Rahmen einer Aufzählung der Lehrmeinungen zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit nur in ihrem wesentlichen Merkmal dargestellt werden kann, muß später (S.72 ff.) eingehend erörtert werden, da sie die Grundlage für die Entscheidungen des BVerfG über Art.3 Abs.1 GG ist.
3) Leibholz, Gleichheit S.45 u.87.

der Gerechtigkeit intuitiv erahnen oder im Gewissen erfahren. Die Gerechtigkeit ist nicht mechanische Anwendung starrer abstrakter Normen, sie lasse sich nicht in abstrakte, allgemeine und sachliche Normen auflösen [1].

e) Der Gleichheitssatz als Verbot unsachgemäßer Differenzierungen

TRIEPEL versteht unter dem Gleichheitssatz ein zweifaches: die Formulierung des dem demokratischen Charakter der Verfassung entsprechenden Gleichheitsideals und das Verbot differenzieller Behandlung von gleichen Tatbeständen. Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet nicht absolute, schematische Gleichheit aller Staatsbürger und nicht Gleichheit in jeder Beziehung, sondern verhältnismäßige Gleichheit; genauer, sie bedeutet gleiche Behandlung von Tatbeständen, die in bestimmtem Zusammenhange gleich behandelt zu werden verdienen. Die Antwort darauf, was gleich zu behandeln verdient oder wodurch sich eine rechtliche Differenzierung der Bürger rechtfertigt, ist z.T. zu entnehmen aus den bedingten Inhalten des positiven Rechts und der nach Zeit und Ort wandelbaren Anschauungen der Gesellschaft. Sie ergibt sich aber weiter und letztlich wieder aus immanenten Prinzipien der Rechtsordnung selbst. Die Differenzierung in der Rechtsfolge muß in einem vernünftigen und gerechten Verhältnis zur Klassifizierung im Tatbestand bestehen [2].

Obgleich nach dem Zusammenbruch des sogen. Dritten Reiches die Grundrechte wieder sehr an Bedeutung gewannen und in den Brennpunkt wissenschaftlicher Erörterungen gerieten, ist man im Verhältnis zur Weimarer Zeit kaum zu neuen Erkenntnissen gekommen. Die einzelnen Autoren schlossen sich meist einer der oben angegebenen Richtungen an oder vertraten eine vermittelnde Meinung. Die heute wohl herrschende Lehre gruppiert sich um die Auffassung von Leibholz.
Aus den verschiedenen Inhaltsdeutungen, die sich alle auf denselben Satz beziehen, ergibt sich, daß nur von den

---

1) Kaufmann (3) S.12 u.16.
2) Triepel S.26; 29 f.

Grundlagen der Rechtsphilosophie eine Klärung der einzelnen Begriffe und eine Inhaltsbestimmung des allgemeinen Gleichheitssatzes möglich ist.

4. Rechtsphilosophische Untersuchung des Gleichheitssatzes

a) Abgrenzung der Gleichheit von Identität und Ähnlichkeit: Der Begriff der Gleichheit setzt logischerweise zwei oder mehrere Personen oder Sachen voraus, die miteinander vergleichbar sind; denn nur durch einen Vergleich zweier voneinander unabhängiger Dinge läßt sich feststellen, daß sie etwas oder mehreres gemeinsam haben [1]. Die einzelnen Objekte können daher nie in ihrer Gesamtheit aufeinander bezogen werden, sondern nur im Hinblick auf eine mehr oder minder große Zahl von Eigentümlichkeiten. So ist jedes Objekt in seinem Verhältnis zu einem anderen gleichzeitig gleich und ungleich [2]. Die Rechtsvorschriften versuchen daher nicht, tatsächlich verschiedenes tatsächlich gleich zu machen; denn das können sie nicht tun. Was sie können beschränkt sich darauf, allen faktischen Unterschieden die rechtliche Relevanz abzusprechen und damit die tatsächlichen Differenzen auszugleichen [3]. Dieses so gewonnene Gemeinsame oder auch tertium comparationis ist daher die Voraussetzung zu einem jeden Vergleich [4]. Dieser Vergleichspunkt, in Bezug auf den die übrigen zu vergleichenden Dinge 5) gleich sein sollen, ist jeweils ein einheitlicher, mag er aus mehreren oder nur einem Merkmal bestehen [6]. Eine Gleichheit kann deshalb nur vorliegen, wenn sämtliche Merkmale des stets einheitlichen tertium comparationis auf jedes der Vergleichsobjekte zutreffen oder, soweit es sich um Begriffe handelt, in jedem von ihnen enthalten sind.

---

1) Curti S.7.; Hesse AöR n.F. 77, S.173; Jerusalem NJW 52/47 1.Sp.; Nef S.4; Schmitt, Unabhängigkeit S.22; Westermann S.25; Zeidler JZ 6o/391.
2) Vergl.Geiger, Gleichheit S.171; Nef S.1o5.
3) Curti S.99.
4) Nef.S. 7 f.; Radbruch, Rechtsphilosophie S.126; Gleichheit ist demnach immer Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkt.
5) Der Ausdruck D i n g wird hier als Sammelbegriff für Personen und Sachen gebraucht.
6) Schröder S.7o

trifft dabei nur ein einziges Merkmal dieses tertium comparationis nicht für jedes der Vergleichsobjekte zu, so sind sie in Bezug auf das ganze tertium comparationis nicht gleich [1]. Hieraus ergibt sich, daß die Gleichheit nicht selbst das tertium comparationis ist, sondern nur auf diesem beruht [2]. Die Gleichheit kann daher definiert werden als die Bedeutung eines mehrstelligen Prädikates, das aussagt, daß verschiedene Objekte in jeweils bestimmten, in Form eines tertium comparationis zusammengefassten gemeinsamen Merkmalen übereinstimmen [3].

Im Gegensatz zur Gleichheit setzt die Identität nie zwei Dinge voraus. Es gibt bei ihr kein Vergleichsmerkmal, ein tertium comparationis, sondern sie kann sich nur auf sich selbst beziehen. Identität setzt daher Übereinstimmung in Bezug auf sämtliche Merkmale voraus. Das ist aber bei zwei Dingen nicht denkbar, da sie mindestens hinsichtlich des Raumes, den sie jeweils einnehmen, von einander verschieden sind [4].

Hieraus folgt weiter für den Begriff der Gleichheit, daß es weder eine absolute noch eine relative geben kann [5], sondern nur eine Gleichheit schlechthin [6]; denn absolut kann nur etwas gleich sein, das in allen Wesensmerkmalen mit dem übereinstimmt, mit dem es verglichen werden soll. Das ist aber nur im Falle eines Vergleiches mit sich selbst denkbar. Demzufolge ist dann der Begriff r e l a t i v e Gleichheit oder Gleichheit h i n s i c h t l i c h [7] pleonastisch und kein über den Begriff der Gleichheit hinausgehendes Merkmal der Beziehung zwischen zwei Dingen.

---

1) Vergl. dazu im einzelnen: Schröder S.63; 7o f.; Nef S.8.
2) Schröder S.7o f.; Nef S.15.
3) Schröder S. 74.
4) Curti S.7; Hesse AöR Bd. 77/172 f.; Nef.S.18; Schröder S. 52.
5) Dieses vertritt z.B.: Buchholz S.25; Mainzer S.25; Nawiasky (3) S.36 ff.; Triepel S.29.
6) Böckenförde S.67; Buchholz S.42; Hesse AöR n.F.Bd.77 S.173 f.; Küchenhoff JR 59/281; Ruck S.84 f.; Schröder S.75.
7) so Nef S.15.

Nachdem die Gleichheit von der Identität abgegrenzt worden ist, bleibt nur noch die Unterscheidung zwischen Gleichheit und Ähnlichkeit darzustellen. Da die Gleichheit zwischen zwei Dingen auf der Übereinstimmung in einem gemeinsamen tertium comparationis beruht, muß bei der Ähnlichkeit ein Weniger vorliegen, wenn diese nicht mit dem Begriff der Gleichheit zusammenfallen soll. Als Beispiel soll ein Bild aus der Geometrie herangezogen werden: Zwei Dreiecke sind gleich, wenn sie in der Länge zweier Seiten und dem eingeschlossenen Winkel übereinstimmen. Ähnlich sind sie dagegen, wenn sie nur in dem Verhältnis der Längen zweier Seiten und dem eingeschlossenen Winkel übereinstimmen. Daraus ergibt sich für die vorliegende Überlegung, daß bei der Ähnlichkeit das "gemeinsame" Merkmal aus mehreren Teilmerkmalen bestehen muß, jedoch nicht in Bezug auf alle Teilmerkmale mit den Eigenschaften der zu vergleichenden Dinge übereinstimmen darf [1].

b) Formelle und materielle Gleichheit:

Den Begriffen f o r m e l l e und m a t e r i e l l e Gleichheit wird in der Literatur eine unterschiedliche Bedeutung beigelegt. So versteht Burckhardt [2] bei seinem Versuch, den Begriff der Gleichheit vor dem Gesetz näher zu bestimmen, unter der formellen Ungleichheit den inneren Widerspruch mehrerer Entscheidungen des Gesetzgebers, der Verwaltung oder Rechtsprechung zu sich selbst; unter der materiellen Ungleichheit den Widerspruch eines Rechtssatzes oder einer Anordnung der rechtsanwendenden Gewalten mit dem r i c h t i g e n R e c h t. Kurz gesagt: formell ungleich ist, was sich nicht konstruieren, materiell ungleich, was sich nicht begründen läßt.

Gegen diese Deutung wendet BÖCKENFÖRDE [3] mit Recht ein, daß die Unterscheidung mangels eines echten Gegensatzes

---

1) Vergl. dazu im Ergebnis die Definition bei Schröder S.81.
2) Burckhardt, Art.4 Anm.II 1 (S.25).
3) Böckenförde S.68.

logisch unrichtig und daher auch praktisch unbrauchbar sei; denn in aller Regel enthalte eine materielle Ungleichheit im Sinne Burckhardts auch eine formelle und umgekehrt [1].

Nach der Ansicht von HATSCHEK [2] versteht man unter der formellen Gleichheit das Gebot zur Gleichbehandlung an die Rechtsanwendung; unter der materiellen das Gebot an die Rechtsetzung und eine ihr freies Ermessen betätigende Behörde. BÖCKENFÖRDE [3] bezieht die formelle Gleichheit auf die prozessualen Möglichkeiten durch das Gebot des gleichen Verfahrens gegenüber jedermann und Erlaß entsprechender Kompetenznormen und Prozeßvorschriften. Die materielle Gleichheit bezieht er auf den Inhalt der Rechte und Pflichten des Einzelnen durch das Gebot, gerecht differenzierendes Recht zu schaffen und gleichmäßig anzuwenden.

Diese Meinung kann allein als richtige angesehen werden; denn geht man von dem Begriff f o r m e l l aus, so ist dieser das aus dem Substantiv F o r m gebildete Adjektiv und kann als solches nur bedeuten: der Form entsprechend, und verbunden mit dem Wort Gleichheit: der Form entsprechende Gleichheit. Diese kann sich aber sinnfällig nur auf das Verfahren beziehen, da in anderen Fällen eine Verletzung der Form durch Ungleichbehandlungen nicht denkbar ist.

Ebenso ist m a t e r i e l l das Adjektiv gebildet aus dem Substantiv M a t e r i e, d.h. als Unterschied zur Form: Inhalt [4]. Als solches muß es dann heißen: dem Inhalt entsprechend oder inhaltlich; wiederum verbunden mit dem Begriff der Gleichheit: dem Inhalt entsprechende oder inhaltliche Gleichheit. Diese kann aber nur bedeuten, Gleichheit hinsichtlich des Inhalts der Rechte und Pflichten.

---

1) Ebenso Aldag S.21; Leibholz, Gleichheit S.49.
2) Hatschek, Staatsrecht S.196.
3) Böckenförde S.68 f.
4) Der große Brockhaus Bd.7 S.594.

der Gewaltunterworfenen.
Bedenken in Bezug auf diese Deutung könnten sich nur noch insoweit ergeben, als sich der formelle und der materielle Gleichheitsbegriff dort überschneiden, wo die formelle Gleichheit den Erlaß entsprechender Kompetenznormen und Prozeßvorschriften verlangt. Hierbei kann auch eine materielle Ungleichheit darin bestehen, daß in diesen Vorschriften fehlerhaft differenziert worden ist. Ganz abgesehen davon, daß es sich hierbei um eine Ausnahme handelt, kann auch der Auffassung von LEIBHOLZ [1], daß der Begriff der formellen Rechtsungleichheit nicht notwendig sei, weil dieser sich in Wirklichkeit nur als eine Folge der Verletzung der materiellen Gleichheitsforderung erweise, aus Zweckmäßigkeitsgründen nicht gefolgt werden; denn es handelt sich dabei um zwei Schichten des einen Gleichheitssatzes, die zwar nicht zum allgemeinen Verständnis unbedingt hervorgehoben werden müssen, die aber für eine Betrachtung des allumfassenden Gleichheitsbegriffes mindestens förderlich sind.

c) Arithmetische und geometrische Gleichheit

Diese Begriffe gehen auf die alte aristotelische Unterscheidung zwischen ἰσότης und ἀναλογία zurück [2]. Dabei erfordert die ἰσότης, daß dem einen Menschen die Hälfte dessen, was er im Vergleich zu einem anderen beliebigen Menschen zuviel hat, weggenommen wird und dem anderen gegeben wird. Das bedeutet also Gleichheit ohne Ansehen der Person nach dem Prinzip des "do ut des". Das Rechnungsverfahren, das hierbei zu gelten hat, nennt Aristoteles das arithmetische und die sich danach ergebende Gleichheit: arithmetische Gleichheit. Im Gegensatz dazu beachtet die ἀναλογία die Person in ihrer jeweiligen Besonderheit. Das in diesem Falle anzuwendende Beurteilungsverfahren heißt nach Aristoteles geometrisch und die sich danach ergebende Gleichheit geometrische Gleichheit [3].

---

1) Leibholz, Gleichheit S.49.
2) Aristoteles S.1o2 f.
3) Vergl. auch Böckenförde S.69; Schröder S.217.

Die geometrische Gleichheit unterteilt man wieder in eine schematische und porportionale Gleichheit. Hierdurch soll das Maß der Abstraktion sichtbar gemacht werden, die notwendig ist, um bei der Vielzahl der Unterschiede zu einem gemeinsamen Kriterium zu gelangen. Man kann mit BÖCKENFÖRDE [1] diese Begriffe bildlich als die beiden Pole ansehen, zwischen denen sich die geometrische Gleichheit entfaltet. Auf der einen Seite besteht reine Proportionalität, d.h. hier wird die Unterschiedlichkeit zwischen den Dingen bis zur Grenze des Möglichen berücksichtigt. Je mehr man sich nun zur anderen Seite bewegt, um so mehr Verschiedenheiten bleiben bei der vorzunehmenden Abstraktion unberücksichtigt, bis zum Schluß alle Verschiedenheiten unberücksichtigt bleiben und allein das eine Merkmal, etwa das Menschsein, nur noch maßgebend ist. Damit ist dann auch die Grenze zwischen der arithmetischen und der geometrischen Gleichheit erreicht. Hieraus ergibt sich, daß zwischen der proportionalen und der schematischen Gleichheit nur ein gradueller Unterschied besteht, der fließend ist. Welche Art im einzelnen Falle anzuwenden ist, ist eine Frage der Gerechtigkeit.

d) Verhältnis von Gleichheit und Gerechtigkeit

Bevor mit der eigentlichen Erörterung dieses Problems begonnen werden kann, ist zunächst der Begriff der Gerechtigkeit zu bestimmen. Nach der Definition von SCHRÖDER [2] versteht man unter dem Rechtsprinzip der Gerechtigkeit den auf dem Sittengesetz beruhenden grundsätzlichen Maßstab zur Regelung zwischen menschlicher Interessenkollisionen, dessen Inhalt ein Gesolltes ist, ausgedrückt in der Forderung, daß auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit verzichtet werde, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt würde.

---

1) Böckenförde S.69; im Ergebnis ebenso Dürig, Gleichheit S. 986; Schröder S.223.
2) Schröder S.11o; ebenso Brinkmann S.76; Sauer S.143; Wolff HJ., Verw.R. I § 24 IIa; ders.Gerechtigkeit S. 1o4.

Nun wird ausgehend von dem aristotelischen Satz: Das Gerechte ist die Achtung vor Gesetz und bürgerlicher Gleichheit [1], behauptet, das Gleichheitsgebot sei mit dem Gerechtigkeitsgebot identisch [2]. Dieser so verstandene Gleichheitsbegriff als Strukturelement oder auch Funktion der Gerechtigkeit schlechthin [3], kann nicht richtig sein. Zunächst ist zu bemerken, daß die Gleichheit als solche nicht mit der Gerechtigkeit identisch sein kann, da sie lediglich die Beziehung zweier Dinge hinsichtlich eines gemeinsamen Merkmales ist. Mit der Gerechtigkeit hat dieser Begriff nichts gemein; im Sinne einer Identität von Gleichheits- und Gerechtigkeitsgebot könnte es sich daher allenfalls um die Rechtsgleichheit, d.h. die Gleichheit vor dem Gesetz, handeln, da ohne die Verbindung mit einer Norm (im weitesten Sinne verstanden) die Beziehung "Gleichheit" neutral ist. Unter Rechtsgleichheit versteht man eine gleichmäßige Behandlung der Rechtsunterworfenen, die dann vorliegt, wenn ihre Behandlung in Bezug auf ein rechtlich maßgebendes tertium comparationis gleich ist [4]. Aber auch die so verstandene Rechtsgleichheit kann nicht als Strukturelement oder auch Funktion der Gerechtigkeit schlechthin aufgefaßt werden, wie sich aus folgendem Beispiel ergibt: [5] Wenn ein Steuergesetz das Einkommen aller Adressaten ohne Ausnahme mit einem gleichen Prozentsatz besteuert, dieser aber so hoch ist, daß den Betroffenen kaum noch das Notwendigste zum Leben verbleibt, so ist durch dieses Gesetz zwar das Gleichheitsgebot nicht verletzt, da es alle gleich behandelt. Das Gerechtigkeitsgebot ist dagegen aber nicht beachtet, was der Fall sein müßte, wenn das eine die Funktion oder das Strukturelement schlechthin des anderen wäre. Die Rechtsgleichheit ist daher nur ein der Gerechtigkeit entspringender Maßstab für die Gestaltung von Rechtsbeziehungen, d.h. der Gleichheitssatz ist einer von mehreren Rechtssätzen,

---

1) Aristoteles S.96.
2) "Gleichheit ist Gerechtigkeit, Gerechtigkeit das Gegenteil von Willkür". So statt vieler: Maunz, Staatsrecht S.1o5; Nawiasky-Leusser Art.118 (s.2oo); ders. Ergänzungsband S.124; Paulick S.1o6; Nef S.88.
3) Böckenförde S.7o.
4) Schröder S. 174.
5) Böckenförde S.7o.

die sich aus dem Obersatz: **s u u m c u i q u e** ergeben. Nur in diesem größeren Zusammenhang bildet er eine Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee. Das hat zur Folge, daß, wenn der Gleichheitssatz und das Willkürverbot verletzt sind, keine Gerechtigkeit besteht; andererseits muß mit deren Beachtung die Gerechtigkeit noch nicht erfüllt sein [1].

Die Gerechtigkeit wird heute entsprechend den drei Grundbeziehungen, an denen der Einzelne beteiligt ist, in drei Arten aufgeteilt: [2] die justitia commutativa, die justitia legalis oder generalis und die justitia distributiva. Diese drei Arten drücken entsprechend ihrer Reihenfolge das Verhältnis Mensch zu Mensch, Mensch zur Gemeinschaft und Gemeinschaft zum Einzelnen aus, wobei unter der Gemeinschaft die im Staat rechtlich gefaßte Gemeinschaft des Volkes zu verstehen ist [3]. Diese drei Arten sind aber nicht selbständige Gerechtigkeitsarten. Es gibt vielmehr nur eine Gerechtigkeit mit entsprechend der Sache verschiedenen Inhalten [4], d.h. drei Arten der Gestaltung der Gerechtigkeit.

da) Ausgleichende Gerechtigkeit

Die justitia commutative, ausgleichende Gerechtigkeit, bezieht sich auf ein Verhältnis, bei dem sich zwei oder mehrere Personen auf dem Boden der Gleichordnung begegnen und in einen sozialen Kontakt geraten. Die ausgleichende

---

1) Vergl. zum ganzen: Böckenförde S.7o f.; Geiger, Gleichheit S. 172; Salomon S.18; Schröder S.239; Westermann S.25.

2) Aristoteles (S.1o1 ff.) unterscheidet nur zwischen zwei Arten: der justitia commutativa und der justitia distributiva, wobei die erste der arithmetischen und die zweite der geometrischen Gleichheit entspricht. Vergl. auch Nef S.89; Raubruch S.125; Salomon S.17 f.;del Vecchio S.81. Bei Nef ergibt sich diese Ansicht aus seiner unrichtigen Vorstellung des Verhältnisses zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit. Indem er die Gleichbehandlung als das charakteristische Merkmal der Gerechtigkeit ansieht (S.88), kann für ihn nur eine solche Unterart der Gerechtigkeit gelten, in deren Rahmen auch der Gleichheitssatz anwendbar ist.

3) Brugger S.11o; Geiger, Staatslexikon S. 783; Kaufmann (3) S.13 f.

4) Drath (9) S.1oo.

Gerechtigkeit fordert in diesen Beziehungen, die dem Gegenüber zukommenden Werte (Leben, Freiheit, Eigentum usw.) zu achten und unberührt zu lassen, Leistungen, die einer dem anderen vertraglich oder im Interesse oder zum Vorteil des anderen erbringt, voll auszugleichen und im Widerspruch zu diesen Grundsätzen zugefügte Schäden wiedergutzumachen. Innerhalb dieser Beziehungen sind keine Relativierungen zulässig; diese justitia verpflichtet vielmehr strikt [1].

db) Generelle gesetzliche Gerechtigkeit

Im Gegensatz hierzu beantwortet die justitia legalis, generelle oder allgemeine gesetzliche Gerechtigkeit, was der Einzelne der Gemeinschaft schuldet. Im Rahmen dieser Gerechtigkeit verliert das dem Einzelnen Gebührende, das suum des Individuums keineswegs an Bedeutung; entscheidende Bedeutung gewinnt aber das bonum commune. Die generelle gesetzliche Gerechtigkeit verletzt deshalb, wer die Gesetze nicht befolgt, den rechtmäßigen Anordnungen der Obrigkeit nicht nachkommt, die öffentliche Ordnung stört, die gerechte Steuer nicht zahlt und sich den Lasten und Leistungen entzieht, deren die Gemeinschaft zur Erfüllung ihrer Existenz und zur Erfüllung ihrer notwendigen Aufgaben bedarf. Soweit in der Erfüllung des danach Geschuldeten ein Opfer aus dem, was an sich dem Einzelnen zukommt, nötig wird, entspricht es der justitia legalis, in Abwägung des Gutes, das der einzelne opfern soll, und des Gutes, zu dessen Erhaltung das zu Opfernde dienen soll, sorgfältig die Opfergrenze zu bestimmen. Die allgemeine gesetzliche Gerechtigkeit umfaßt nicht wie die ausgleichende den Gedanken der Restitution, sondern ihre Verletzung löst Sanktionen verschiedener Art aus: Rechtsverluste, Strafe, Erzwingung des Gebotenen usw. [2].

---

1) Brugger S.11o; Coing S.181 ff.; Böttticher S.7; Geiger, Staatslexikon S.11o; Radbruch, Rechtsphilosophie S.125 f.; ders. Vecchio S.82.
2) Brugger S.11o; Geiger, Staatslexikon S. 783 f.

dc) Austeilende Gerechtigkeit

Schließlich gibt die justitia distributiva, die austeilende Gerechtigkeit, Antwort auf die Frage, was die Gemeinschaft dem Einzelnen schuldet. Innerhalb des Verhältnisses der Gemeinschaft zum Einzelnen sind das bonum commune und auch das dem Einzelnen Zukommende bedeutsam. Für die Bestimmung des danach dem Einzelnen Geschuldeten spielt eine besondere Rolle das Prinzip der Gleichheit. Soweit die Gemeinschaft dem Einzelnen etwas bezüglich seines status als Mensch schuldet, besteht diese Schuld hinsichtlich jedermann in gleicher Weise. Soweit der Staat aber Leistungen gewährt, Lasten auferlegt oder Strafen verhängt, gebietet die austeilende Gerechtigkeit etwa bei der Gewährung von Leistungen, daß die Unterstützung sich nach dem Maß der Bedürftigkeit richtet. Die Verletzung der austeilenden Gerechtigkeit kann auch bewirken, daß dem Verletzten Wiedergutmachung geschuldet wird [1].

dd) Ergebnis

Es stellt sich nun weiter die Frage, von welchen Gerechtigkeitsarten die Rechtsgleichheit eine partielle Konkretisierung darstellt. Daß dieses für die justitia distributiva bejaht werden muß, ergibt sich bereits aus dem Inhalt dieser Gerechtigkeitsart. Zweifelhaft kann eine Bejahung für die justitia legalis und die justitia commutativa sein. Bei der justitia legalis handelt es sich um eine Ordnung des Einzelnen als Glied der Gemeinschaft zum Ganzen, wobei aber nicht die Gemeinschaft, sondern der Einzelne "Schuldner" ist. In diesem Verhältnis ist eine Anwendung des Gleichheitssatzes nicht denkbar. Zwar gibt es in einem Gemeinwesen stets mehrere Verpflichtete, die Gleiches schulden, aber unabhängig von dem Rechtscharakter könnte sich hier allenfalls das einzelne Staatsorgan in

---

1) Böttcher S.3 f.; Brugger S.11o; Coing S.187 f.; Geiger S.784; Radbruch, Rechtsphilosophie S.125 f.; del Vecchio S.81.

seinem Verhältnis zu einem anderen auf den Gleichheitssatz berufen. Dadurch würde jedoch die Stoßrichtung dieser Vorschrift: Individuum gegen Staat, in das Gegenteil verkehrt. Bei der justitia commutativa ist zwar eine partielle Konkretisierung durch den allgemeinen Gleichheitssatz denkbar, da ein Vergleichsobjekt besteht. Weil es sich dabei aber um Beziehungen auf dem Boden der Gleichordnung handelt, kann diese Frage nur bejaht werden, wenn man sich auch für eine Drittwirkung der Grundrechte entscheidet, was sehr umstritten ist [1]. Der allgemeine Gleichheitssatz konkretisiert deshalb nur die justitia distributiva. Mit dieser ist aber keine arithmetische Gleichheit zu vereinbaren; denn wenn alle mit demselben Maß gleichbehandelt werden, ist die Folge, daß dadurch die größte Ungleichheit herbeigeführt würde [2]. Nach richtiger Auffassung muß deshalb die geometrische Gleichheit zur Anwendung kommen [3].

5. Schlußfolgerungen

a) Allgemeine Gleichheit

Stellt man den Ausspruch des BVerfG: Wesentlich Gleiches muß gleich, wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit verschieden behandelt werden, den erörterten Fragen gegenüber, so erkennt man unschwer, daß dieser Satz für die Inhaltsbestimmung des allgemeinen Gleichheitssatzes nichts hergibt. Es soll daher im folgenden versucht werden, unter Verwendung der einzelnen gewonnenen Ergebnisse den Inhalt des Gleichheitssatzes zusammenfassend zu definieren. Dabei muß jedoch von vornherein betont werden, daß das nicht in einem einzigen Satz

---

1) Da hinsichtlich der Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art.3 Abs.1 GG bisher noch keine Entscheidung des BVerfG veröffentlicht worden ist, kann auf eine Erörterung dieses Problems nicht eingegangen werden.
2) v.Ihering S.372; Triepel S.29.
3) Dürig, Gleichheit S. 986; Böckenförde S.74; v.Ihering S.37o ff.; Leibholz Strukturprobleme S.284; Nelson S.4o; Schröder S.24o; Wernicke in BK Art.3 Anm.II b; Wolff HJ.Verw.R I § 33 VI; Zinn-Stein Art.1 Anm. 3.

geschehen kann.
Art.3 Abs.1 GG enthält an die Organe sämtlicher Formen der Staatsgewalt das Gebot der Verfassung, alle ihnen unterworfenen Individuen beim Vorhandensein eines gemeinsamen tertium comparationis in demselben Umfang und derselben Art und Weise formell wie materiell gemäß der justitia distributiva zu begünstigen oder zu belasten. Hierbei sind die jeweils vorhandenen Besonderheiten der Personen zu berücksichtigen. Dieses ist aber nur nach der sogenannten geometrischen Gleichheit möglich, wobei es auf den konkreten Fall ankommt, ob diese in der Form der mehr schematischen oder proportionalen Gleichheit angewandt werden muß. Den Individuen gleichzusetzen sind die juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts sowie die diesen gleichgestellten Personenvereinigungen, soweit diese Vorschrift auf sie anwendbar ist.

Da die Ungleichbehandlung als Antipode der Gleichbehandlung auch ihre Verletzung mit umfaßt, kann sie nicht näher an dieser Stelle erörtert werden, ohne den Rahmen der Untersuchung zu sprengen. Soweit das BVerfG die Ansicht vertritt, daß Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit verschieden behandelt werden muß, kann dem aufgrund der bereits festgehenden Erkenntnisse nicht widersprochen werden; denn die Gleichbehandlung von Ungleichheiten würde zu neuen Ungleichheiten führen und damit dem Sinn des Art.3 Abs.1 GG widersprechen [1].

b) Wahlgleichheit

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichheit der Wahl Anwendungsfälle des allgemeinen Gleichheitssatzes, der als Grundrecht des Einzelnen in Art.3 Abs.1 GG garantiert ist. Mit Recht wendet KLEIN [2] dagegen ein, daß diese Aussage deshalb

---

1) statt vieler: Fleiner Giacometti S.406; Paulick S.105.
2) v.Mangoldt-Klein Art.38 Anm. III 2 f(letzter Satz); ders. Art.3 Anm.II 4 b(S.193 f.); ders.Art.28 Anm. III vor 1.

unrichtig sei, da für das Wahlrecht zum Bundestag Art.38 Abs.1 S.2 GG und für das Wahlrecht in den Ländern, Kreisen und Gemeinden Art.28 Abs.1 S.2 GG leges speziales seien. Bezüglich des Wahlrechts zum Bundestag macht auch das BVerfG diese Ausklammerung [1]. Für das Wahlrecht in den Ländern, Kreisen und Gemeinden sieht es jedoch die Grundlage nicht in Art. 28, da nach seiner Auffassung diese Vorschrift lediglich die Homogenität der verfassungsmäßigen Ordnung sichere, indem die Vorschrift den Ländern Pflichten gegenüber dem Bunde auferlege.- Dieser Streit, der mehr ein Problem des Art.28 GG als ein solches des Art. 3 GG ist, kann und braucht nicht im Rahmen dieser Untersuchung entschieden zu werden; denn welcher Meinung man sich im Grunde anschließt, so bleibt die Wahlgleichheit stets, wenn auch als Spezialvorschrift, ein Problem der Gleichheit und soll deshalb wegen der Ansicht des BVerfG in diesem Rahmen mitbehandelt werden [2].

Es stellt sich nun weiter die Frage, inwieweit diese Grundsätze der Gleichheit auf das Gebiet der Wahlgleichheit übertragen werden können. Dabei muß zwischen dem gleichen Wahlrecht der Staatsbürger und dem Recht der politischen Parteien auf gleiche Behandlung unterschieden werden [3]. Der im 19. Jahrhundert verwirklichte Grundsatz der allgemeinen Wahl besagte, daß kein Staatsbürger unberechtigt von der Teilnahme an der Wahl ausgeschlossen werden durfte. Aus dem Klassen-, dem Zensus- und dem Mehrstimmenwahlrecht der

---

1) so z.B. BverfGE 1/2o8 (236).
2) Wie BVerfG: Hamann Art.38 Anm. B 1; Leibholz, Strukturprobleme S.2; Maunz-Dürig Art.28 Anm. V 2, Rinck JZ 61/74; Seifert, Ergänzungsheft S.16. Wie Klein: entsprechend für Gemeinden Jacob NJW 6o/193o; Forsthoff JZ 5o/315.
3) Der Begriff Wahlrecht kann streng genommen nur auf den Status der Aktivbürger angewandt werden, nicht dagegen auf die politischen Parteien und die ihnen gleichgestellten Wählervereinigungen, die als Vereinigungen weder ein aktives noch ein passives Wahlrecht besitzen können. Man verwendet deshalb im Rahmen einer Gleichheitsuntersuchung für den vom BVerfG gebrauchten Begriff der Wahlrechtsgleichheit besser den der Wahlgleichheit, da unter diesem sowohl die Gleichheit des Wahlrechts im engeren Sinne als auch der Anspruch der um die Wählerstimmen werbenden Organisationen auf gleiche Behandlung gefaßt werden kann. (Vgl. im Ergebnis ebenso: Rinck JZ 61/74; Seifert, Ergänzungsheft S.16; Westerrath S.13).

damaligen Zeit ergibt sich, daß die Gleichheit noch weitgehend als proportionale Gleichheit begriffen wurde, nach der jeder entsprechend seinen persönlichen Qualitäten verschieden behandelt werden durfte [1]. Seit der Einführung des Grundsatzes der gleichen Wahl, d.h. das Stimmrecht der zur Wahl zugelassenen Aktivbürger darf nicht nach Bildung, Religion, Vermögen, Rasse, Klasse oder Geschlecht differenziert werden, verloren diese Unterschiede mehr und mehr an Bedeutung gegenüber dem, was allen gemein ist [2].

Indem man aus diesen Überlegungen den Grundsatz aufstellte, daß bei der Mehrheitswahl das Stimmrecht der Wähler nicht aus Gründen, die in seiner Person liegen, verschieden bemessen werden dürfe, und ein absoluter Zählwert garantiert sein müsse, stellte man alle Aktivbürger gleich. Für den Bereich der Verhältniswahl kam noch hinzu, daß grundsätzlich auch der gleiche Nutz- und Erfolgswert gewährleistet sein mußte [3].

Da auch im Bereich der geometrischen Gleichheit die Nuancierungsmöglichkeiten von der formalen bis zur proportionalen Gleichheit bestehen, ist mit einem Abstellen allein auf das aktive Staatsbürger-Sein nicht nachzuweisen, daß die Wahlgleichheit der arithmetischen Gleichheit zuzurechnen ist [4]. Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage ist allein, ob die Wahlgleichheit eine Gleichbehandlung der Individuen ausnahmslos ohne Berücksichtigung der bei ihnen im Einzelfall vorliegenden Besonderheiten fordert oder nicht. Diese Besonderheiten brauchen sich nicht darauf zu beziehen, daß jemand etwa aufgrund seiner Bildung oder seines Vermögens ein stärkeres Wahlrecht in Form der doppelten gegenüber der sonst üblichen Stimmenzahl besitzt, sondern es kann sich auch darauf beziehen, daß jemand kein Wahlrecht hat oder seine Stimme geringer bewertet wird.

---

1) Rinck DVBl 58/221.
2) Rinck DVBl 58/222.
3) Hamann Art. 38 Anm.5; Ipsen, Gleichheit S.191 f.; v.Mangoldt-Klein Art.38 Anm.III 2 f.; Maunz-Dürig, Art. 38 Anm. VI 2 c; Rinck DVBl 58/223; Westerrath S.14.
4) So Rinck DVBl 58/222.

ba) Stellung der Individuen im Wahlrecht

Nach § 12 Abs.1 BWahlG sind wahlberechtigt alle Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs.1 GG, die am Wahltage das 21. Lebensjahr vollendet haben und seit mindestens drei Monaten ihren Wohnsitz oder dauernden Aufenthalt im Wahlgebiet haben. Ausgeschlossen ist dagegen von der Wahl nach § 13 BWahlG, wer entmündigt ist, unter vorläufiger Vormundschaft oder wegen geistigen Gebrechens unter Pflegschaft steht und wer durch Richterspruch die bürgerlichen Ehrenrechte oder das Wahlrecht rechtskräftig verloren hat.
Daß diese Vorschriften mit der Wahlgleichheit zu vereinbaren sind, kann von niemandem ernsthaft bezweifelt werden [1]; denn auch unter der Herrschaft des allgemeinen Wahlrechts ist nicht jeder Staatsbürger berechtigt zu wählen und gewählt zu werden. Vielmehr ist die Wahlberechtigung auch hier an bestimmte verfassungs- oder einfachgesetzlich festgelegte Voraussetzungen geknüpft. Diese betreffen aber im Unterschied zu anderen Regelungen nur die persönlichen Mindesterfordernisse für eine vernunft- und gemeinschaftsgemäße Wahlentscheidung [2]. Diese Besonderheiten vermögen noch keine geometrische Gleichheit zu begründen; denn dafür ist zunächst erforderlich, daß das Wahlrecht den zu beurteilenden Individuen zusteht; ferner muß mindestens die Möglichkeit bestehen, diese Individuen nicht nur rein schematisch, sondern auch unter Berücksichtigung ihrer Besonderheiten, z.B. geistige Veranlagung, Besitz u.s.w. zu behandeln. Diese Voraussetzungen liegen hier aber nicht vor, da die Personen, die unter § 13 BWahlG fallen, außerhalb des Sektors "Wahlrecht" stehen. Ihr Status kann deshalb in diesem Rahmen gar nicht berücksichtigt werden.
Da für das Wahlrecht ohne Ausnahmen nur § 12 BWahlG maßgebend ist und jede zusätzliche Berücksichtigung von Eigenschaften innerhalb dieses Rahmens gegen die Wahlgleichheit verstoßen würde, handelt es sich bei dieser um eine Gleichheit, die den Charakter der arithmetischen hat.

---

1) Vergl. Leibholz JW 29/3o43; Pohl S.388.
2) Küchenhoff, Staatslehre S.81; Westerrath S.14.

Ist damit aber der Ausspruch des BVerfG unrichtig, wonach die Wahlgleichheit ein Anwendungsfall der allgemeinen Gleichheit des Art.3 Abs.1 GG sein soll und dieser, wie nachgewiesen, die geometrische Gleichheit zum Inhalt hat? Vom geometrischen Gleichheitscharakter läßt sich die Meinung des BVerfG nicht widerlegen. Als allgemeiner Gleichheitssatz muß Art.3 Abs.1 GG auf die Besonderheiten der Individuen Rücksicht nehmen können. Die Anwendung der arithmetischen Gleichheit kann zwar niemals gegen die Gleichheit, wohl aber in zahlreichen Fällen gegen die von ihr partiell konkretisierte Gerechtigkeit verstoßen. Da die Gerechtigkeit, soweit sie durch den Gleichheitsbegriff partiell konkretisiert ist, auch durch Art.3 Abs.1 GG garantiert wird, läge auch bei einer Verletzung dieser Gerechtigkeitsteilart eine Verletzung des Art.3 Abs.1 GG und damit eine Ungleichheit vor. Die Anwendung der nurarithmetischen Gleichheit würde deshalb gegen den Allgemeinheitscharakter dieser Vorschrift verstoßen. Damit ist aber weder die Definition des allgemeinen Gleichheitssatzes noch die Auffassung des BVerfG unrichtig; denn die geometrische Gleichheit berührt durch ihren schematischen Gleichheitspol die arithmetische Gleichheit und vermag von dorther auch Spezialfälle, die nur "arithmetisch" gleich sind, zu erfassen [1].

bb) Stellung der politischen Parteien

Als nächster Punkt ist die Wahlgleichheit bezüglich der politischen Parteien, der nicht rechtsfähigen Wählergemeinschaften und der Individuen, die in ihrem passiven Wahlrecht beeinträchtigt werden können, zu betrachten. Hierbei stellt sich die Frage, ob auch diese vergleichbar den aktiven Wählern formal gleich, d.h. entsprechend der "arithmetischen" Gleichheit, behandelt werden müssen.

---

1) Soweit Rinck JZ 61/74 und ebenso Röhl DVBl 54/593 die Wahlgleichheit wegen ihres radikal egalitären Charakters selbständig neben den allgemeinen Gleichheitssatz stellen, ist darin kein Widerspruch zur Auffassung des BVerfG zu sehen, zumal sie dem allgemeinen Gleichheitssatz auch für die Wahlgleichheit eine regulative übergeordnete Bedeutung beilegen; aber notwendig vom Wesen der Wahlgleichheit aus ist diese Trennung nicht.

bba) Vorbereitung der Wahl

Ausgehend von den einzelnen Stadien innerhalb der Wahl ist zunächst die Vorbereitung und dabei die Nutzung der zur Verfügung stehenden Mittel zu untersuchen; denn ohne Zweifel erstreckt sind der Grundsatz der Wahlgleichheit nicht nur auf die Stimmabgabe und ihre Auswirkungen, sondern auch bereits auf die Einreichung von Wahlvorschlägen und damit auch auf das Vorfeld der eigentlichen Wahl [1]. Auf diesem Sektor gilt der Grundsatz der Chancengleichheit [2].
Ist diese arithmetischer oder geometrischer Natur? Über dem gesamten Wahlrecht schwebt als Ziel und Vorstellung, eine handlungsfähige Regierung zu bekommen und deshalb Splitterparteien von vornherein auszuschließen [3]. Da aber im Stadium der Werbung um die Gunst des Wählers noch nicht eindeutig feststeht, welche Partei als Splitterpartei aus dem Wahlkampf hervorgehen wird, muß man allen Personen und Gruppen die Nutzung der eingeräumten Möglichkeiten (z.B.Film, Funk, Presse) gestatten. Dabei würde es jedoch der Gerechtigkeit widersprechen, wenn diese Möglichkeit allen in gleichem Umfang zugeteilt würde. Insoweit muß vielmehr auf die Bedeutung der betreffenden Gruppe oder Person im Rahmen des Ganzen abgestellt werden; denn man kann z.B. nicht einer sich neu bildenden Partei im Verhältnis zu einer in der vergangenen Legislaturperiode im Parlament mit absoluter Mehrheit vertretenen Partei die gleiche Sendezeit einräumen. Das Gegenteil kann auch nicht mit einem Hinweis auf die Stellung der aktiven Wähler untereinander verlangt werden; denn diese sind alle in Bezug auf ihren Status als Aktivbürger gleich. Zwischen den Parteien und Wählergemeinschaften besteht aber hinsichtlich der Wahl ein mit diesen vergleichbarer Zustand nicht. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um parlamentarisch teils erprobte und teils noch nicht erprobte Gruppen, die nur hinsichtlich ihres Werbens um die Gunst der Wähler miteinander vergleichbar sind. Aufgrund der notwendigen Berücksichtigungen der Besonderheiten innerhalb dieser Gruppe ist die Chancengleichheit

---

1) Rubehn DöV 6o/667.
2) Die Chancengleichheit bejahen: Nass S.55 m.w.Nachw.Anm.49; Hesse (17) S.36 ff.
3) Federer S.31; Leibholz JW 29/3o42; Seifert DöV 53/44; Leipel, zit. bei Unkelbach S.119.

eine Gleichheit geometrischer Art [1].

bbb) Eigentliche Wahl

Auch im Rahmen der eigentlichen Wahl gilt der Grundsatz der gleichen Behandlung. Hier bestehen ebenso wie bei der Vorbereitung der Wahl das Prinzip und Ziel, regierungsfähige Mehrheiten zu schaffen und deshalb Splitterparteien auszuschließen. Dieses versucht man durch die für zulässig [2] erachtete Forderung nach einer gewissen Mindeststimmenanzahl zu erreichen, unter der keine Partei, Wählergruppe oder kein Kandidat in das neue Parlament einziehen kann. Insofern werden auch hier wieder Besonderheiten innerhalb der Gruppe derjenigen, die die Stimmen der Wähler auf sich vereinigt haben, unterschieden. Deshalb ist die Gleichheit auch innerhalb dieses Sektors als geometrische zu bezeichnen.

Der Ausspruch des BVerfG: Grundsätzlich müssen alle Parteien formal gleichbehandelt werden, ist mindestens insoweit ungenau, als hier der Ausdruck "formal" gebraucht ist. Dieser kann aber auch nach der Ansicht des BVerfG nicht im Sinne einer arithmetischen Gleichheit verstanden werden; denn dem widerspricht der Ausdruck "grundsätzlich", da dieser Begriff Ausnahmen zuläßt, was jedoch mit der arithmetischen Gleichheit nicht zu vereinbaren ist. Es handelt sich hier vielmehr um die geometrische Gleichheit, und zwar um einen Grenzfall zwischen ihr und der arithmetischen Gleichheit, der schematischen Gleichheit. Der Satz des BVerfG kann daher sinnfällig nur lauten: Grundsätzlich müssen alle Parteien schematisch gleichbehandelt werden.

Abschließend kann die Wahlgleichheit wie folgt definiert werden: Der Wahlgleichheitssatz ist ein Unterfall des in Art. 3 Abs.1 GG ausgedrückten allgemeinen Gleichheitssatzes. Er enthält an die Organe der Staatsgewalt das Gebot, allen Staatsbürgern bei der Ausübung ihres Wahlrechtes ausnahmslos gleiches Stimmrecht in der Form gleicher Stimmenzahl

---

1) Vergl. dazu Rubehn DöV 6o/667.
2) Die Zulässigkeit der 5%-Klauseln mag an dieser Stelle einstweilen unterstellt werden. Diese wird bei den Verletzungskriterien im einzelnen zu untersuchen sein.

und gleichen Stimmengewichts zuzusprechen [1]; außerdem das Gebot, allen politischen Parteien, Wählergemeinschaften und einzelnen Kandidaten bei der Vorbereitung und der eigentlichen Wahl gleiche Chancen einzuräumen und auch in den übrigen Fällen eine gleichmäßige Behandlung angedeihen zu lassen. Im Gegensatz zum Wahlrecht der Staatsbürger kann in diesem Fall auf Besonderheiten Rücksicht genommen werden.

c) Steuergleichheit

ca) Kodifizierung der Steuergleichheit in Art.3 Abs.1 GG

Im Gegensatz zu Art.134 WRV:

> Alle Staatsbürger tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei,

fehlt im Grundgesetz eine entsprechende Vorschrift. Heute ist wohl herrschende Meinung [2], daß das in Art. 134 WRV enthaltene Postulat vollinhaltlich in Art.3 Abs.1 GG enthalten ist. Im Gegensatz dazu behauptet PAULICK [3], daß Art. 1o9 Abs.1 WRV und der mit diesem gleichlautende Art.3 Abs.1 GG zwar die Grundsätze der Allgemeinheit und Allgemeinverbindlichkeit der steuerlichen Vorschriften enthalte, aber nicht die Frage der gleichmäßigen Behandlung aller Steuerpflichtigen ausdrücke; ferner habe Art,134 WRV, soweit die Bindung des Gesetzgebers an Art. 1o9 Abs.1 WRV streitig war, diese für den Bereich der Steuergesetzgebung festgestellt; außerdem habe Art.134 WRV das Schwergewicht der Besteuerung auf die direkten Steuern gelegt und damit gleichzeitig ein Steuersystem, das überwiegend oder ganz auf indirekte Steuern beruhte, entsprechend ausgeschlossen.
Soweit diese Gegenmeinung die Frage nach der Bindung des Gesetzgebers aufwirft, ist diese, wie bereits nachgewiesen, in Art.1 Abs.3 i.Verb.m.Art.2o Abs.3 GG bejahend

---

1) Feneberg § 1 Erl.2 d; Seifert, Ergänzungsheft S.15 f.
2) so statt vieler: Hübschmann, Hepp, Spitaler § 1 Anm.VI 1.
3) Paulick, Grundsatz S.154 f.; Zweifelnd, jedoch ohne nähere Begründung: Bühler, Steuerrecht S.38. Neuerdings erkennt auch Paulick S.92 diesen Inhalt des Art.3 Abs.1 GG an.

geregelt. Auch die übrigen von Paulick aufgeführten Punkte werden von Art.3 Abs.1 GG erfaßt. Daß die Besteuerung aller Staatsbürger gleich sein muß, wird auch von ihm nicht bestritten. Ihm fehlt vielmehr in Art.3 Abs.1 GG die vom Verfassungsgeber in Art.134 WRV vorgenommene Konkretisierung der als maßgeblich vorausgesetzten Gerechtigkeitsidee [1]. Diese Auffassung beruht aber auf einer Verkennung des tatsächlichen Inhalts des allgemeinen Gleichheitssatzes. PAULICK würde Recht haben, wenn der Gesetzgeber oder die übrigen Organe der Staatsgewalt wahlweise die arithmetische oder geometrische Gleichheit auf dem Gebiet des Steuerrechts anwenden dürften und nicht gleichzeitig an die durch den Gleichheitssatz als solchen partiell konkretisierten Gerechtigkeitsidee gebunden wären. Was die Bedeutung des Gleichheitssatzes bezüglich der direkten und indirekten Steuer angeht, so konnte unter der Weimarer Reichsverfassung die direkte gegenüber der indirekten nur insoweit gesichert sein, als durch die Einführung einer überwiegenden oder ausschließlichen indirekten Besteuerung das Verhältnis der Mittel der einzelnen Staatsbürger und damit die Gerechtigkeitsidee nicht beachtet wurde. Dieses Bedenken ist durch die Beantwortung der vorigen Frage ebenfalls ausgeräumt.

cb) Inhalt der Steuergleichheit

Mit der Feststellung, daß die Gerechtigkeitsidee über den allgemeinen Gleichheitssatz partiell auch in das Steuerrecht eingreift, ist noch nichts über die Art der Gleichheit gesagt; denn wie sich auf dem Gebiet der Wahlgleichheit gezeigt hat, wird diese sowohl von der "arithmetischen" wie der "geometrischen" partiell konkretisiert. Da es aber der Gerechtigkeitsidee widersprechen würde, wenn jeder Staatsbürger unabhängig von der Höhe seines Verdienstes z.B. monatlich DM 5oo.-- zur Deckung der öffentlichen Ausgaben beitragen müßte, scheidet die arithmetische Gleichheit aus. Es ist vielmehr erforderlich, um dem Prinzip der Gerechtigkeit zu genügen, daß auf die jeweiligen Einkommensverhältnisse Rücksicht genommen wird [1]. Damit fällt

---

1) Paulick, Grundsatz S.155

die Steuergleichheit unter die geometrische und zwar proportionale Gleichheit, so wie sie in Art.134 WRV seinerzeit gesondert verwirklicht war [2]. Im Anschluß an diese Überlegungen kann die Steuergleichheit wie folgt definiert werden:
Die Steuergleichheit ist ein Sonderfall des in Art.3 Abs.1 GG ausgedrückten allgemeinen Gleichheitssatzes. Er enthält an die Organe der Staatsgewalt das Gebot, alle Untertanen ohne Ausnahmen zur Deckung der öffentlichen Ausgaben gleichmäßig heranzuziehen. Dabei kann die Gleichmässigkeit nur in der Berücksichtigung des jeweiligen Einkommens verwirklicht werden.
Zu dem Ausspruch des BVerfG: "Der Gesetzgeber ist an den Grundsatz der S t e u e r g e r e c h t i g k e i t gebunden, der ....", ist noch zu bemerken, daß der Ausdruck S t e u e r g e r e c h t i g k e i t mindestens insoweit ungenau ist, als der allgemeine Gleichheitssatz die Gerechtigkeit nicht in vollem Umfang konkretisiert, sondern nur partiell. Wenn auch vielleicht durch den Gesetzgeber auf dem Gebiet des Steuerrechts nur eine Gerechtigkeitsteilart verletzt werden kann, die durch den allgemeinen Gleichheitssatz konkretisiert wird, so sollte doch, um dem Irrtum: Gleichheit gleich Gerechtigkeit entgegenzuwirken, besser von der Steuergleichheit als von der Steuergerechtigkeit die Rede sein.

III. Erläuternde Entscheidungen

1. Allgemeine Gleichheit

Die erläuternden Entscheidungen zum Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes lassen sich in folgenden Sätzen zusammenfassen:

---

1) Schmölders FA Bd.14 S.32 f.
2) So im Ergebnis: Aldag S.83; Bühler in BK Erl. zu Abschn. X GG unter II Abs.4 (S.3); Ernst, St.u.W. 1958/779 f.; Klein, FA Bd.18 S.265 f.

Soweit Art.3 Abs.1 GG zu berücksichtigen ist, ist zu beachten, daß seine Anwendung immer auf dem Vergleich von Lebensverhältnissen beruht, die nie in allen, sondern stets nur in einzelnen Elementen gleich sind [1]. Art.3 Abs.1 GG bietet Schutz vor ungleicher Behandlung bei im wesentlichen gleicher tatsächlicher Lage [2]. Eine kritische Stellungnahme zu diesen Entscheidungen erübrigt sich, da sie im einzelnen das aussprechen, was oben bereits erörtert worden ist [3].

2. Wahlgleichheit

Hier führt das BverfG erläuternd aus:
daß der Gleichheitssatz nicht nur im Bereich des Wahlrechts im engeren Sinne, sondern auch in diesem Vorfeld politischer Willensbildung streng formal zu verstehen sei [3].
Auch hier erübrigt sich eine erneute Stellungnahme, da in der Aussage keine Abweichung von den voraufgegangenen Ausführungen zu sehen ist und zu der Deutung des Begriffes f o r m a l bereits Stellung genommen worden ist.

3. Steuergleichheit

Zum Inhalt der Steuergleichheit hat das BVerfG erläuternd erklärt:
daß eine formale Gleichbehandlung von Reich und Arm durch Anwendung desselben Steuersatzes dem Gleichheitssatz widersprechen würde. Die Gerechtigkeit verlange, daß im Sinne der verhältnismäßigen Gleichheit der wirtschaftlich Leistungsfähigere einen höheren Prozentsatz seines Einkommens als Steuer zu zahlen habe als der wirtschaftlich schwächere [4].

Hierin kommt die geometrische Gleichheit zum Ausdruck, so wie sie als Ergebnis des Inhalts der Steuergleichheit erarbeitet wurde. Da in dieser Entscheidung keine neuen Probleme der Steuergleichheit angesprochen sind, erübrigt sich eine weitere Stellungnahme.

---

1) BVerfGE: 6/273 (280); 9/3 (10); 9/334 (337); 10/59 (72 f.); NJW 62/100.
2) BVerfGE: 1/14 (52); 1/264 (276); 3/377 (380).
3) vergl. S.40 ff.
4) BVerfGE: 8/51 (68).
5) BVerfGE: 8/51 (68 f.).

5. Hauptteil: Verletzung des Art. 3 Abs.1 GG

Um zu einer klaren Übersicht zu gelangen und die Kriterien einer Verletzung, die bei den einzelnen Arten der Staatsgewalt verschiedenen Inhalts sein können, klarer darzustellen, soll innerhalb dieses Abschnitts zwischen einer Verletzung durch Akte des Gesetzgebers, durch Akte der Verwaltungs- und der Rechtsprechungsorgane geschieden werden.

A) Verletzung durch Akte des Gesetzgebers

Innerhalb dieses Abschnittes soll nun auch wiederum, um der besonderen Bedeutung gerecht zu werden, die die Wahl- und Steuergleichheit aus dem großen Rahmen der Gleichheit heraushebt, zwischen der allgemeinen Gleichheit, der Wahl- und der Steuergleichheit unterschieden werden.

I. Allgemeine Gleichheit

1. Rechtsprechung des BVerfG

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Verletzung der allgemeinen Gleichheit kann in drei Gruppen aufgeteilt werden: Möglichkeiten einer Verletzung, Grundlagen für die Beurteilung und Kriterien der Verletzung.

a) Möglichkeiten einer Verletzung

Zu dieser Frage liegen zwei grundsätzliche Entscheidungen vor, die sich scheinbar widersprechen.
Im Beschluß vom 19. Dezember 1951 - 1 BvR 22o/51 - [1] erklärt das BVerfG zu dieser Frage: § 95 BVerfGG lasse keinen Zweifel daran, daß die Verletzung eines Grundrechts im Sinne dieses Gesetzes im allgemeinen auch durch ein Unterlassen erfolgen könne; aber bei solchen Unterlassungen könne es sich regelmässig nur um die Unterlassung von Handlungen der verwaltenden oder rechtsprechenden Instanzen handeln, nicht um Unterlassungen des Gesetzgebers.
Im Beschluß vom 2o.Februar 1957 - 1 BvR 441/53 - [2] führt derselbe Senat zu dieser Frage aus: Sei der Gesetzgeber verfassungsmäßig verpflichtet, eine (solche) Handlung vor-

---

1) BVerfGE: 1/97 (1oo); im Anschluß an diese: 2/237 (244); 6/257 (264); 12/139 (142).

zunehmen, also ein Gesetz zu erlassen, so könne er durch einen Verstoß gegen seine Handlungspflicht, also durch Unterlassen, ebenfalls Grundrechte verletzen. Habe er den Verfassungsauftrag nur teilweise erfüllt und dadurch den Gleichheitssatz verletzt, so könne sich auch eine auf Art. 3 Abs.1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde gegen das teilweise Unterlassen des Gesetzgebers richten.
Diese Entscheidungen können dahingehend zusammengefaßt werden, daß der Gesetzgeber den Gleichheitssatz durch ein Unterlassen nur verletzen kann, wenn eine Regelung ausdrücklich in der Verfassung geboten ist.

b) Grundlage für die Beurteilung

Zur Frage, welche Gesichtspunkte bei der Beurteilung, ob ein Gesetz den Gleichheitssatz verletzt, maßgebend sind, hat das BVerfG in seinen betreffenden Entscheidungen inhaltlich folgenden Grundsatz aufgestellt:
Wenn fraglich ist, ob eine gesetzliche Vorschrift den Gleichheitssatz verletzt, muß Klarheit darüber bestehen, welche Aufgabe dem Gesetz gestellt war und welcher rechtlichen Mittel es sich bei ihrer Lösung bedient hat und in welches sachliche System die Vorschrift gehören soll [1].

c) Kriterien der Verletzung

Die zahlreichen Entscheidungen des BVerfG, die sich mit der Frage befassen, wann durch eine Handlung des Gesetzgebers der Gleichheitssatz tatsächlich verletzt worden ist, lassen sich in drei Gruppen zusammenfassen:
Der Gesetzgeber verletzt den Gleichheitssatz durch willkürlichen Gebrauch des eingeräumten Ermessens, indem er die äußersten, ihm gezogenen Grenzen überschreitet, mißbräuchlich handelt oder Grundsatznormen, in denen Wertentscheidungen des Verfassungsgebers ausgedrückt sind, nicht beachtet [2].

---

1) BVerfGE: 9/291 (294); 9/338 (349); 11/283 (293).
2) BVerfGE: 1/117 (141); 3/19 (24); 3/58 (135); 3/225 (240); 3/288 (337); 4/219 (293); 6/55 (71); 6/273 (280); 9/36 (39); 9/237 (248); 10/59 (72); NJW 62/99 (100); NJW 62/437; DöV 62/21 (22).

Ebenso verletzt der Gesetzgeber den Gleichheitssatz durch Nichtberücksichtigung der tatsächlichen Gleich- oder Ungleichheiten, die so bedeutsam sind, daß sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise und vorhandener Zweckmäßigkeit für das Recht beachtet werden müssen [1].

Schließlich verletzt der Gesetzgeber den Gleichheitssatz, wenn ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender, oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung oder Gleichbehandlung fehlt. Der Grad bestimmt sich dabei nach den Wertungen, die im Rechtsbewußtsein der konkreten Rechtsgemeinschaft lebendig sind [2].

2. Kritische Stellungnahme

2a) Möglichkeiten einer Verletzung

Der Gesetzgeber kann Art.3 Abs.1 GG verletzen durch T ä t i g - S e i n [3], d.h.,indem er den Gleichheitssatz verletztende Gesetze erläßt; ferner durch U n t ä t i g - S e i n, d.h., indem er einen gegen den Gleichheitssatz verstoßenden Zustand duldet oder es unterläßt, diesen zu beseitigen.- Innerhalb dieses Komplexes bietet eine Verletzung durch Tätig-Sein keine Schwierigkeiten, so daß eine nähere Erörterung dieses Bereiches müßig wäre. Problematisch ist dagegen der Bereich des Untätig-Seins; hier erscheint eine nähere Untersuchung angebracht.

---

1) BVerGE: 1/264 (276); 2/118 (119); 3/58 (136); 4/219 (245 f.
6/55 (71); 9/124 (129); 9/137 (146); 9/201 (206);
9/334 (337); 9/338 (349); 10/264 (270); 12/319 (326);
12/341 (348); 12/354 (367); NJW 62/99 (100).

2) BVerfGE: 1/14 (52); 1/117 (141); 1/208 (249); 2/336 (340);
2/380 (399); 3/4 (10 f.); 3/58 (146); 3/162 (182);
3/288 (338); 4/31 (39); 4/74 (96); 4/144 (155); 4/219 (243)
4/352 (355); 5/9 (12); 5/22 (25); 6/7 (12); 6/84 (91);
6/104 (112); 6/121 (130); 7/282 (297); 7/305 (315);
8/1 (26); 8/174 (182); 8/332 (360); 9/20 (31); 10/234 (246
249); 11/64 (71); 11/105 (115); 11/245 (253); 11/283 (293);
11/310 (325); 12/264 (273); 12/326 (333); 12/341 (348;
353 f.); 12/354 (368); NJW 61/1667 (1668); NJW 61/2155;
NJW 62/435;.

3) Zur Terminologie vergl. Wolff H.J., Verw. R I § 36 IIa.

Jedes Untätig-Sein, das von der Rechtsordnung mißbilligt wird, muß logischerweise eine Rechtspflicht zum Tätigsein voraussetzen. Diese ergibt sich z.B. im Strafrecht: Aus Gesetz, Amtspflicht, Vertrag oder konkludentem Handeln [1]. Nun kann man zweifellos diese Kriterien nicht generell auf das Verfassungsrecht übertragen, da die Systeme zu verschieden sind; gleichwohl läßt sich aber feststellen, daß sich für den Gesetzgeber eine Pflicht zum Tätigsein aus der Verfassung und vielleicht auch aus vorangegangenem Tun ergeben kann.

Bei den Unterlassungen unterscheidet man teilweise zwischen einem absoluten und relativen [2]. Das erste liegt vor, wenn im Grundrechtsteil eine konkrete Pflicht zum Erlaß eines Gesetzes enthalten ist; sei es, daß diese Pflicht ausdrücklich ausgesprochen ist, sei es, daß dem Parlament eine bestimmte gesetzgeberische Pflicht auferlegt ist. Das Gleiche gilt auch für die relative Unterlassung. Ihre Besonderheit liegt darin, daß hierbei der Erlaß eines Gesetzes nicht absolut und selbständig gefordert wird, sondern unter Berufung auf Art. 3 GG nur in der Beziehung zu einer anderen Vorschrift.

aa) Absolute Unterlassung

Für den Fall, daß die Verfassung einen ausdrücklichen Auftrag an den Gesetzgeber enthält, der den Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im wesentlichen umgrenzt, hat das BVerfG 3) eine Verletzung der Verfassung durch Untätig-sein für möglich erklärt. Bedenken gegen diese Ansicht könnten sich allenfalls aus § 95 Abs. 2 u.3 BVerfGG ergeben, da nach diesen Vorschriften nicht geregelt ist, was das BVerfG in dem Fall unternehmen muß oder soll, wenn der Gesetzgeber durch ein Untätig-sein gegen die Verfassung verstößt. Dieser Einwand schlägt aber nicht durch. Zunächst ist festzustellen, daß § 95 Abs.1 BVerfGG für Verfassungsbeschwerden jeder Art gilt [4]. Daß diese auch gegen Grundrechts- oder

---

1) Schwarz Anm. 3 D vor § 1.
2) Vergl. Lechner, NJW 55/1818; Wessel DVBl 52/164.
3) Siehe S. 62 Anm.2.
4) Geiger, § 95 Anm.1; Lechner § 95 Anm.zu Abs.1 vor a.

Verfassungsverstöße durch Untätig-sein erhoben werden können, ergibt sich aus dem Wortlaut [1]. Aus den Absätzen 2 und 3 ist zu entnehmen, daß das Gericht neben der Feststellung nach Abs.1 noch zu erklären hat, je nachdem, ob es sich um eine Beschwerde gegen ein Gesetz oder eine Entscheidung handelt, was mit dem verfassungswidrigen Akt zu geschehen hat. Eine diesen vergleichbare Erklärung ist aber bei Verletzungen durch Unterlassen nicht möglich, da nichts existent ist, was aufgehoben bezw. zurückverwiesen werden könnte. Für diesen Fall ist die Feststellung nach § 95 Abs.1 BVerfGG das allein mögliche; denn außer dem moralischen Druck, den das BVerfG hierdurch auf den Gesetzgeber ausüben kann, bestehen keine weiteren Möglichkeiten, sei es, Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, oder eine Ersatzvornahme durchzuführen. Ausnahmsweise könnte jedoch die Möglichkeit zur Aufhebung in dem Falle bestehen, daß der Gesetzgeber einen Teil der ihm verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Regelung erfüllt hat und nur bezüglich des Restes untätig bleibt. Aber bei den verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Regelungen kann sich auch für diesen Fall nichts ändern, da das BVerfG selbst gegen die Verfassung verstoßen würde, wenn es die Teilregelung, die als solche ebenfalls unter das verfassungsrechtliche Erlaßgebot fällt, für nichtig erklären wollte, um so die Gleichheit wieder herzustellen. Es verbleibt daher auch für diesen Fall nur die Feststellung nach § 95 Abs.1 BVerfGG.

bb) Relative Unterlassung

Ist dem Gesetzgeber durch die Verfassung keine bestimmte Regelung aufgetragen, so kann er nach der Meinung des BVerfG [2] durch Untätig-sein auch kein Grundrecht verletzen. Zur Begründung stützt sich das Gericht einmal darauf, daß nach dem Wortlaut des § 95 BVerfGG die Folgen einer etwa zulässigen Verfassungsbeschwerde gegen eine Unterlassung des Gesetzgebers nicht besonders geregelt seien.

---

1) v.Münch AöR Bd. 85 S.286.
2) Siehe S. 62, Anm. 1.

Ferner liege es vor allem in der Natur der Sache, daß der einzelne Staatsbürger grundsätzlich keinen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ein Handeln des Gesetzgebers haben könne, wenn anders nicht eine vom GG schwerlich gewollte Schwächung der gesetzgebenden Gewalt erfolgen solle [1) 2)].

Gegen diese Begründung bestehen, soweit sie sich auf § 95 BVerfGG stützt, Bedenken, denn wie bereits bei den sogen. absoluten Unterlassungen dargelegt, ist die Feststellung der Verfassungswidrigkeit bei einem Untätig-sein des Gesetzgebers die einzig mögliche Maßnahme, die zwar nicht das Gewicht einer Normaufhebung hat, gleichwohl durch ihre moralische Bedeutung aber nicht wirkungslos ist. Da jedoch bei den sogen. relativen Unterlassungen die getroffene Teilregelung nicht unter ein verfassungsrechtliches Erlaßgebot fällt, ist die Frage, ob der Einzelne nicht nur einen Anspruch auf Beseitigung dieser Teilregelung haben kann.

Es ist zutreffend, daß der einzelne Staatsbürger grundsätzlich im Rahmen des Gleichheitssatzes keinen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ein Handeln des Gesetzgebers haben kann. Bezüglich seines negativen Status könnte man zwar der Ansicht sein, daß ein Eingriff in die geschützte Sphäre des Individuums durch ein Untätig-sein des Gesetzgebers insoweit möglich sei, als er z.B. einen Teil eines Komplexes geregelt habe, der verbleibende Rest noch ausstehe, der Gesetzgeber aber nichts tue. Daraus könnte man dann weiter folgern, daß für diesen und ähnliche Fälle ein Anspruch bestehen müsse, daß der Gesetzgeber diese restliche Regelung noch treffe. Das kann aber nicht richtig sein; denn für den negativen Status ist der Abwehrcharakter

---

1) BVerfGE 1/97 (1oo); zustimmend Geiger § 9o Anm.6 g.
2) Es ist verständlich, daß sich grundsätzlich gegen einen gerichtlich verfolgbaren Anspruch des Einzelnen auf ein Handeln des Gesetzgebers Bedenken einstellen, da hierdurch die gesetzgeberische Gewalt erheblich eingeengt wird. Jedoch besteht im Ergebnis kaum ein Unterschied zwischen einem gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ein N i c h t - s o - t ä t i g w e r d e n und auf ein T ä t i g w e r d e n des Gesetzgebers überhaupt. Vergl. v.Münch AöR 85/286.

kennzeichnend. Deshalb kann sich der in seinen Grundrechten Betroffene nur gegen die erlassene Teilregelung wenden [1]; diese hat durch das Untätig-sein des Gesetzgebers ihren Teilcharakter verloren und ist zu einer abgeschlossenen Regelung geworden. Darum verstößt sie dann gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs.1 GG. Wollte man hier zu einem Anspruch auf Erlaß der Restregelung kommen, so würde das zu einem positiven Status führen, den das Grundrecht der Gleichheit nicht gewährt [2].

2b) Grundlagen der Beurteilung

Gegen die vom BVerfG aufgestellten Richtlinien für die Beurteilung der Frage, ob der Gleichheitssatz verletzt ist, lassen sich keine Einwendungen erheben; denn für die Beantwortung der Frage, ob Gleichheit oder Ungleichheit besteht, müssen immer mindestens zwei Bezugsobjekte vorhanden sein, die durch das System, in dem sie stehen, geprägt sind. Ein Gesetz, das auf diese Systeme zwangsläufig Rücksicht nehmen muß, wenn es innerhalb dieser etwas regeln will, kann daher auch nicht ohne Berücksichtigung dieser Systeme beurteilt werden.

2c) Kriterien der Verletzung

In sämtlichen Entscheidungen des BVerfG tauchen immer wieder Begriffe auf, wie z.B. Willkür, Vernunft, Zweckmäßigkeit, Natur der Sache und ähnliche, die jedoch nicht näher erläutert werden. Hierdurch entsteht der Eindruck, daß es sich dabei um inhaltlich bestimmte Umschreibungen handelt, die eine einheitliche und eindeutige sowie gleichbleibende Aussage für alle denkbaren Fälle machen, in denen Sachverhalte gleich oder ungleich behandelt werden sollen. Ob dieses tatsächlich der Fall ist, soll im Folgenden untersucht werden [1].

---

1) Lechner § 9o Anm.2 a zu Abs.1; Wessel, DVBl 52/161.
2) Vergl. dazu Lange (NJW 62/419), der diesen Komplex unter einem Regel-Ausnahmeverhältnis sieht. Nach dem Grundsatz, daß der Gesetzgeber stets die Regel bestehen gelassen und die Ausnahme aufgegeben hätte, wenn er erkannt hätte, daß die von ihm gewählte Regelung verfassungswidrig war, ist für eine Nichtigerklärung nur dann kein Raum, wenn die Ausnahme nur durch die Feststellung des Unterlassens des Gesetzgebers beseitigt werden kann.

Vorherrschend ist dabei der Satz vom willkürlichen Gebrauch des eingeräumten Ermessens durch den Gesetzgeber als Kriterium einer Verletzung des Gleichheitssatzes. Da danach das Ermessen bildlich gesprochen der Rahmen ist, innerhalb dessen eine Betätigung des Gesetzgebers nicht dem Gleichheitssatz widerspricht, erscheint es angebracht, sich zunächst diesem Begriff zuzuwenden, der seine Wurzeln im Bereich des Verwaltungsrechts hat und dessen Anwendbarkeit im Verfassungsrecht deshalb nicht selbstverständlich ist.

aa) Begriff des Ermessens

Ohne auf den lebhaften Streit über die Frage des Ermessensbegriffs mit seinen einzelnen Unterarten und des unbestimmten Rechtsbegriffs im Verwaltungsrecht näher einzugehen [2], der zur Klärung der Frage nach einer Verwendung des Begriffs im Verfassungsrecht nichts beizutragen vermag, wird man von einem Ermessen im Verwaltungsrecht immer dann sprechen können, wenn das Gesetz für den Fall, daß gesetzlich bestimmte Voraussetzungen vorliegen, freies Handeln einräumt [3]. Insoweit besteht Einigkeit [4]. Es müssen deshalb für die Organe der Verwaltung im Rahmen der anzuwendenden Vorschrift mindestens zwei Möglichkeiten für eine Regelung offenstehen, die beide mit dem Gesetz zu vereinbaren sind. Innerhalb dieses Bereiches entscheidet das nur durch die Pflichtmäßigkeit begrenzte subjektive Dafürhalten. Im Gegensatz dazu geht es bei den Rechtsbegriffen um Entscheidungen an Hand objektiver Wertmaßstäbe. Auch hier bleibt dem Gesetzgeber ein Entscheidungsspielraum, der jedoch im Gegensatz zum Ermessen nicht durch das subjektive Dafürhalten, sondern durch objektive Kriterien begrenzt ist [5].

---

1) Die Richtlinien, die das BVerfG für die Beantwortung der Frage aufgestellt hat, ob ein Gesetz gegen den Gleichheitssatz verstößt, schließen die Ansicht, daß es sich hierbei um allgemein gültige und stets bestimmte Begriffe handelt, nicht aus, da diese Kriterien erst dann den Ausschlag für die Beurteilung geben können, wenn aufgrund der Verletzungsbegriffe die Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit gegeben ist.

2) Vergl. dazu im einzelnen: Wolff H.J., Verw.R.I § 31; die 9 Kriterien der Ermessensfehler bei Walter Jellinek, Gesetz S.331 f.

3) Bachof JZ 55/98 unter II.

4) Forsthoff, Verw.R.S.74; Huber I S.59; Jellinek W., Verw.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist nun im folgenden zu prüfen, ob der Gesetzgeber eine den Verwaltungsorganen vergleichbare Stellung innehat und bejahendenfalls, ob er ein Ermessen betätigen darf oder nur unbestimmte Begriffe auszufüllen hat.

Die Verwaltungsorgane sind nach Art.2o Abs.3 GG neben dem Recht auch, und zwar in erster Linie, an das Gesetz gebunden [1]. Das jeweilige Gesetz enthält entweder fest umrissene Vorschriften, die bei einer Anwendung keine Deutungen zulassen oder unbestimmte Vorschriften, die durch objektive Kriterien auszufüllen sind bezw. die bei ihrer Anwendung Raum für ein Ausfüllen nach subjektivem pflichtgemäßen Dafürhalten bieten.

Auch der Gesetzgeber ist bei seinen Handlungen nicht ungebunden, sondern hat nach Art.2o Abs.3 GG die verfassungsmässige Ordnung zu beachten. Hierunter versteht man nach wohl übereinstimmender Auffassung: Das Grundgesetz, das ungeschriebene Verfassungsrecht und das sich bildende Verfassungsgewohnheitsrecht [2]. In diesen Normen sind ebenfalls fest umrissene Vorschriften wie etwa Art.3 Abs.2; 5 Abs.1; 6 Abs. 2 GG und auch Vorschriften, die einer Ausfüllung bedürfen, wie z.B. Art.6 Abs. 3; 72 Abs.2 GG enthalten. Bezüglich der Bindung an Normen mit festumrissenen als auch ausfüllungsbedürftigen Vorschriften steht der Gesetzgeber somit den Verwaltungsorganen gleich. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch die Stellung des Gesetzgebers zu dieser Norm mit der der Verwaltungsorgane gleich sein muß.

Wenn ein Verwaltungsorgan eine Anordnung trifft, so hat es dafür eine Ermächtigungsgrundlage in Form eines materiellen Gesetzes. Aus dieser entnimmt es im Einzelfalle, was

---

4) Forts. von Seite 69: R.1950 S.3o ff.; Jesch S.2o4 ff. (bes. S.3o5 und 212); Wolff H.J. Verw.R. I § 31 Ia.
5) Hamann, Komm.Einf. I D 7 a 3; Huber DöV 56/174 f.; Wolff H.J., Verw.R. I § 31 I c.

---

1) Auf die Frage, was der Unterschied zwischen Recht und Gesetz ist, kann hier nicht näher eingegangen werden. Vergl.dazu v.Mangoldt-Klein Art.2o Anm. VI 4 f.
2) Hamann Art.2o Anm.8 a bb; Giese-Schunck Art. 2o Anm. II 7; v. Mangoldt-Klein Art.2o Anm. VI 4 e.

wie zu regeln ist. Bei dieser Tätigkeit, und zwar nur bei dieser, kann es sein Ermessen ausüben. Grundverschieden davon ist aber die Tätigkeit des Gesetzgebers. Dieser hat in der Regel keine Ermächtigungsgrundlage für seine Handlungen, aus der er entnehmen kann, was im konkreten Falle wie geregelt werden muß. Die Verfassung ist zwar die Grundlage für sein Tätigwerden überhaupt, indem sie seine Institution schafft und das einzuhaltende Verfahren vorschreibt; für die Regelung einer bestimmten Materie gibt sie jedoch in den meisten Fällen nichts her. So vollzieht der Gesetzgeber nicht die Verfassung wie die rechtsanwendenden Organe den Gesetzesbefehl ausführen; vielmehr sind ihm durch diese Grenzen gesetzt. Das beeinträchtigt aber nicht die Aufgabe und Funktion des Gesetzgebers als rechtsgestaltendes Organ im Staate; denn zwischen den Schranken, die ihm durch die Verfassung gesetzt sind, und dem Gesetzesbefehl, der den rechtsanwendenden Organen vorgegeben ist, besteht nicht nur ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied. Dieser hängt damit zusammen, daß (nur) der Gesetzgeber im demokratischen Rechtsstaat seine unmittelbare Legitimation aus der Mehrheitsentscheidung des Volkes bezieht [1]. Der Gesetzgeber handelt darum im Spezialfalle nicht a u f g r u n d der Verfassung, sondern g e m ä ß der Verfassung, d.h. die Verfassung schränkt seine seine an sich unbeschränkte Freiheit ein. Sie ist daher nicht Grundlage, sondern Grenze seiner Betätigungsfreiheit. Hieraus ergibt sich weiter, daß der Begriff des Ermessens im Bereich der gesetzgeberischen Tätigkeit nicht anwendbar ist, da die Ausübung des Ermessens im Verwaltungsrecht nur als Rechtsfolgesetzung geschehen kann [2].

---

1) Fuss, JZ 59/531; Maunz-Dürig, Rand Nr.1o5 zu Art.1 Abs. 3 GG.

2) So im Ergebnis auch Bachof (9) S.119; Echterhölter BB 61/1o19; Hamann Art.3 Anm.B 4a; Scheuner DVBl 52/615 (...indiesem Zusammenhang mindestens nicht ganz glücklich). Nach Wolff N.J. (9) S.121 ist das Ermessen der Verwaltungs- bezw. Gesetzgebungsorgane ein Unterfall des Begriffes: r e c h t l i c h e s E r m e s s e n.
Auch Drath (9) S.69 f. und Apelt (9) S.119 f. sehen, daß der Ermessensbegriff im Staatsrecht ein anderer sei als im Verfassungsrecht. Sie trennen dabei aber nicht zwischen Regierungsakten, bei denen ein Ermessen evtl. begrifflich möglich sein kann, was hier nicht näher untersucht werden soll, und den Handlungen der Gesetzgebungs-

Die Auffassung des BVerfG vom weiten Ermessensspielraum, den die Verfassung dem Gesetzgeber eingeräumt habe, ist deshalb begrifflich nicht zutreffend. Richtiger wird man vielmehr von einer großen Handlungs- oder Betätigungsfreiheit sprechen müssen.

bb) Grenzen der gesetzgeberischen Handlungsfreiheit

Wenn der Gesetzgeber eine Regelung unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes treffen will, entsteht für ihn die Frage, ob er zwischen mehreren Personen oder Gruppen unterscheiden darf oder sie gleichbehandeln muß. Da die Personen oder Gruppen in Bezug auf alle ihre Wesensmerkmale zugleich gleich oder ungleich sein können, muß auf der Suche nach dem für den vorliegenden Fall wesentlichen Wesensmerkmalvon diesen abstrahiert werden, um damit zu dem Gemeinsamen, einem tertium comparationis, zu kommen. Ein solches läßt sich aber schließlich zwischen sämtlichen Personen und Sachen finden, nämlich bezogen auf ihr: "auf der Erde Sein". Daß man soweit im allgemeinen nicht abstrahieren darf, ist einleuchtend. Deshalb sind dem Gesetzgeber für seine Handlungsfreiheit Grenzen gezogen. Diese sind in besonderem Maße die klassischen Grundrechte, da gerade sie als Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber der Allmacht des Staates aufgestellt wurden, und unter diesen der Gleichheitsgrundsatz. Dieser Grundsatz ist nach der Rechtsprechung des BVerfG verletzt, wenn der Gesetzgeber die Grenzen seiner Handlungsfreiheit willkürlich überschreitet. Die Untersuchung hat sich deshalb zunächst mit dem Willkürbegriff zu beschäftigen.

1. Willkür

Dieser Begriff gehört in den Zusammenhang der Lehre des Gleichheitssatzes als Willkürverbot, so wie sie in der Schweiz begründet [1] und von Leibholz im wesentlichen

---

2) Fußn.v.S.71: organe.
Auch die Unterscheidung zwischen Ermessen und Belieben (Forsthoff Verw.R. S.85) vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen.

---

1) Curti S.93; Burckhardt Art.4 Anm.4 II 1 Ba.

weitervervollkommnet worden ist. Etymologisch setzt sich der Begriff zusammen aus Wille und Kür. Willkür ist somit der gekürte Wille, d.h. der gewählte Wille oder besser die Wahlfreiheit des Willens [1]. Nach LEIBHOLZ [2] besagt dieser Begriff, bezogen auf den Gesetzgeber, daß ein Gesetz nur dann willkürlich sei, wenn zwischen der getroffenen Bestimmung und dem durch diese erstrebten Zweck überhaupt kein oder ein nur unzulänglicher Zusammenhang bestehe oder wenn sich kein vernünftiger Grund für die Regelung finden lasse.

Im Anschluß an diese Begriffsbestimmung ergeben sich eine Reihe von Fragen. Dabei taucht zunächst das Problem auf, ob ein Gesetz nur dann gegen den Gleichheitssatz verstößt, wenn der Gesetzgeber bewußt, d.h. schuldhaft willkürlich vorgegangen ist, ob es dafür allein auf die objektive Willkür ankommt oder als weitere Möglichkeit auf das Empfinden des Gesetzesadressaten [3].

a) im subjektiven - objektiven Sinne

Es würde in einzelnen Fällen zu unhaltbaren Zuständen führen, wenn man die Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Gesetzes allein davon abhängig machen würde, ob der Gesetzgeber seiner Tätigkeit bewußt willkürlich gehandelt hat oder nicht. Ganz abgesehen davon, daß es für das zu beurteilende Gericht fast unmöglich sein würde, ein Verschulden des Gesetzgebers nachzuweisen, wird dieses möglicherweise auch nicht vorliegen. Der Gesetzgeber ist zwar mit dem Verfassungsgeber insoweit nicht zu vergleichen, als der Verfassungsgeber von vornherein nicht übersehen kann, welche einzelnen Fälle einmal mit seinen Normen konfrontiert werden, wohingegen der Gesetzgeber in der Regel einen umgrenzten Sachbereich ordnet. Hierbei ist es aber nicht ausgeschlossen, daß auch der Gesetzgeber sich bei dieser Regelung von einer ganz bestimmten Vorstellung leiten läßt und dabei unbewußt Bereiche, die das Gesetz zwar nicht augenfällig, aber doch immerhin möglich berührt, überzieht.

---

1) v.Ihering S.359.
2) Leibholz, Gleichheit S.76; vergl. auch Dürig, Gleichheit S.987.
3) Nach Aldag S.29 verlangt der Begriff, daß eine willkürliche Entscheidung nur dann vorliegen kann, wenn sie zumindest bei dem Betroffenen die Empfindung hervorruft, als ob nach Gunst

Ein ebenso unbefriedigendes Ergebnis würde es sein, wenn man bei der Frage nach der Willkür allein auf die Vorstellung des Gesetzesadressaten abstellen wollte. Damit enthielte praktisch jedes Gesetz den Zündstoff der Verfassungswidrigkeit in sich, weil es bei dem unterschiedlichen Empfindungsgrad der einzelnen Adressaten höchstwahrscheinlich mindestens einen gibt, der die Vorschrift für willkürlich erachtet. Es kann daher die Willkür nur o b j e k t i v verstanden werden, d.h. losgelöst von einem Verschulden des Gesetzgebers und den Empfindungen der einzelnen Adressaten, obwohl dieses der eigentlichen Wortbedeutung, die das subjektive Willensmoment notwendig enthalten muß, widerspricht [1) 2)].

b) Willkür - Ungerechtigkeit

Eine weitere Frage ist das Verhältnis von Willkür und Ungerechtigkeit. Nach LEIBHOLZ [3)] ist dem Gleichheitssatz als Charakteristikum heute der Widerspruch zu dem jeweilig Vernünftigen, zu den ordnungsmäßig zu befolgenden Gesetzen und Regeln usw. eigen. Auf das Rechtsleben übertragen ist er der gegensätzliche Korrelatbegriff zu Gerechtigkeit und bedeutet seine radikale absolute Verneinung. Ob damit die Begriffe Ungerechtigkeit und Willkür synonym zu gebrauchen sind, kann erst festgestellt werden, wenn Klarheit über das Verhältnis von Ungleichheit und Willkür besteht [4)]; denn unter Gleichheit im Sinne von Art. 109 WRV versteht LEIBHOLZ [5)] die nach dem

---

1) Im Gegensatz zu seinem Urteil BVerfGE: 1/14 (55 f.), in dem das BverfG noch die böse Absicht des Gesetzgebers gefordert hatte, stellt es in 2/266 (281) auf die objektive Willkür ab. Vergl. auch Federer JöR n.F. Bd. 3 S.25; Hamann NJW 57/3.

2) Nach Aldag S.39 verlangt die Willkür wegen des in dem Wort liegenden Vorwurfs gleichsam ein Verschulden, wobei er unter dem Verschulden die bewußte oder unbewußte Verletzung gewisser Rechtsnormen versteht. Ganz abgesehen davon, daß es unmöglich ist, eine unbewußte Verletzung unter den Begriff des Verschuldens zu fassen, führt Leibholz (Gleichheit S.95) mit Recht aus, daß, wenn der Akt objektiv gesehen so fehlerhaft ist, daß er als willkürlich bezeichnet werden muß, es keine Rolle mehr spiele, daß das staatliche Organ sich gar nicht willkürlich - hier rein subjektiv verstanden - hat motivieren lassen.

3) Leibholz, Gleichheit S. 72.

4) Unter Ungleichheit ist die unzulässige Ungleichbehandlung zu verstehen.

5) Leibholz, Gleichheit S.87.

jeweiligen Rechtsbewußtsein nicht willkürliche Handhabung des an die Adresse von Rechtssubjekten gerichteten Rechts durch den Gesetzgeber und die Vollziehung. Damit ist gesagt, daß Ungleichheit gleich willkürliche Handhabung des Gesetzes ist, nicht aber, daß nur Ungleichheit Willkür ist. Man kann deshalb beide Begriffe nicht synonym gebrauchen; denn es ist durchaus denkbar, daß Handlungen des Gesetzgebers willkürlich sind, ohne etwa den Gleichheitssatz zu verletzen [1]. Der Willkürbegriff muß deshalb über dem Ungleichheitsbegriff stehen [2] und daher kann man sagen, daß die Willkür partiell von der Ungleichheit konkretisiert wird. Aber ist damit nachgewiesen, daß die Ungerechtigkeit der Willkür gleichzusetzen ist, da die Gerechtigkeit von der Gleichheit partiell konkretisiert wird und somit eine Negationsparallele zwischen Gleichheit und Ungleichheit einerseits und Gerechtigkeit und Willkür andererseits besteht? Man wird sagen dürfen, daß alles, was willkürlich ist, auch ungerecht ist; nicht aber umgekehrt [3]. Die Ungerechtigkeit ist die Sammelnegation der Gerechtigkeit, d.h. unter diesen Begriff fällt alles das, was nicht gerecht ist [4]. Das ist aber nicht ausschließlich die Willkür, sondern ebenso die Rache und der Zorn. Beide sind bestimmt durch die Maßlosigkeit und stehen damit im Gegensatz zur Gerechtigkeit, da diese die Sachlichkeit voraussetzt [5]. Dieses sind nicht Kriterien, die nur

---

1) Vergl. auch Mallmann JZ 5o/412.
2) a.A. Zinn-Stein Art.1 Anm.3: Hiernach geht der Gleichheitssatz über das Willkürverbot hinaus, das bereits in Art.2o Abs.3 GG ausgesprochen ist.- Eine Erläuterung dieser Ansicht fehlt jedoch; ebenso bei Hamann, Rechtsstaat S.5o.
3) v.Ihering S.346.
4) Auch Leibholz lehnt (DVBl 51/196 r.Sp.) einen synonymen Gebrauch der Begriffe Ungerechtigkeit und Willkür mit der Begründung ab, daß sonst der Eindruck entstehen könnte, als ob bereits unrichtige Gesetze als willkürlich und mit dem Gleichheitssatz unvereinbar bezeichnet werden können. Entsprechend der Schweizer Rechtsprechungspraxis ist für ihn der Unterschied zwischen willkürlicher und ungerechter Rechtsetzung nur quantitativer Art. Die Willkür erscheint als eine besonders qualifizierte Ungerechtigkeit. Vergl. auch Burckhardt Art.4 Anm. II 1 B a (S.31); Fleiner-Giacometti S.414; Kinok DVBl 61/3.
5) Coing S.113.

bei Handlungen der Verwaltungs- und der Rechtsprechungsorgane eine Rolle spielen könnten, sondern sie können in gleicher Weise auch bei der Tätigkeit der Gesetzgebungsorgane Bedeutung erlangen. Man denke dabei etwa an den Fall, daß eine Gruppe gegen ein Gesetz die Verfassungsbeschwerde erfolgreich erhoben hat und der Gesetzgeber aus Verärgerung darüber bei einer anderen Regelung, die neben anderen auch diese Gruppe betrifft, erheblich über das erforderliche Maß hinausgeht, ohne irgendjemand ungleich zu behandeln.
Aus seiner Stellung zur Gleichheit und Gerechtigkeit ist der Willkürbegriff daher nicht zu deuten.

c) Willkür - Unvernunft

Ob die von Leibholz gegebene Deutung zu einer faßbaren Bestimmung führen kann, soll im folgenden untersucht werden. Nach seiner Vorstellung ist ein Gesetz dann willkürlich, wenn es im Widerspruch zu dem Vernünftigen steht [1]. Damit ist der Rationalismus angesprochen. Diese philosophische Richtung versteht allgemein [2] unter der Vernunft das rationale Erkenntnisvermögen des Menschen im Unterschied zur bloßen sinnlichen Wahrnehmung und zur Intuition. Bei der Untersuchung der Voraussetzungen für ein friedliches Zusammenleben der Menschen ist THOMASIUS [3] von der Vernünftigkeit her gesehen zu drei Grundsätzen gekommen, die auch heute wohl noch zur Grundlage einer rationalen Betrachtungsweise gemacht werden können. Diese Grundsätze sind:

1. Das Gebot der äußeren Ordnung, daß keiner den anderen störe, das principium justi (was du nicht willst, das dir die anderen tun, das tu du auch den anderen nicht);

---

1) Leibholz, Gleichheit S.72.
2) Eine Behandlung der einzelnen Theorien und ihrer Vertreter würde den Rahmen dieser Untersuchung übersteigen.
3) zit. nach Fechner S.39.

2. das Gebot, sich selbst in Ordnung zu halten, um nicht anderen zur Last zu fallen, das principium honesti (was du willst, dass die anderen von sich verlangen, das verlange auch von dir);

3. das Gebot der Hilfsbereitschaft, nicht nur durch Unterlassung (von Störungen), sondern auch durch tätiges Eingreifen die (so erst gesicherte Glückseligkeit aller herbeizuführen, das princip decori (was du willst, dass dir die anderen tun, das tu du auch ihnen).

Ist damit aber etwas Greifbares über den Begriff der Vernunft und damit auch des Nicht-Vernünftigen gewonnen? Diese drei Grundsätze vermögen schon nichts eindeutiges über den Vernunftbegriff auszusagen, weil die Auffassung der Menschen innerhalb einer Gemeinschaft von dem, was die anderen ihnen nicht tun sollen, was die anderen von sich verlangen sollen und was die anderen ihnen tun sollen, nicht die gleichen sein kann, sondern entsprechend den unterschiedlichen Empfindungen weit voneinander abweichen können. Hinzu kommt außerdem, daß zur Entscheidung zahlloser Fragen das Vernunftvermögen nicht ausreicht. So kann zwar mit vielen Argumenten das Für und Wider erörtert und der Beantwortung näher gebracht werden, ob man z.B. die freie Wirtschaft anstrebe oder eine zentrale Planung für wünschenswert erachte, ob man dem Einzelnen eine für den Staat und die sozialen Mächte unantastbare Sphäre zuerkenne oder ihn mit seiner ganzen Person dem Staat und anderen Kollektiven unterordne. Die letzte Entscheidung beruht dabei nicht mehr auf Gründen der reinen Vernunft, sondern das letzte entschiedende Ja oder Nein fordert einen über die Vernunft hinausgehenden Akt emotional begründeter Wertung [1].

---

1) Fechner S.77.
Art.3 GG ermangelt einer hinreichend genauen Abgrenzung. Daraus ergibt sich, daß der unkontrollierbare Teil persönlicher Wertung, die bei jeder Erkenntnis mitwirkt, bei der praktischen Anwendung des Gleichheitssatzes einen besonders breiten Raum einzunehmen vermag.
Buchholz NJW 54/217.

Hieraus ergibt sich, daß mit dem Begriff der Willkür und der Vernunft die Grenzen der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers nicht umrissen werden können und deshalb die Lehre vom Gleichheitssatz als Willkürverbot für die vorliegende Untersuchung nicht zu verwerten ist. Es ist daher im folgenden zu untersuchen, ob sich aus den weiteren Grenzkriterien der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers bestimmen läßt, wann eine willkürliche Überschreitung der äußersten Grenzen vorliegt und der Gleichheitssatz damit verletzt ist [1].

2. Mißbrauch

Nach der Rechtsprechung des BVerfG [2] liegt ein willkürlicher Gebrauch der eingeräumten Handlungsfreiheit ("Ermessen") vor, wenn der Gesetzgeber beim Erlaß von Gesetzen mißbräuchlich handelt. Dabei muß man, soweit es den Gleichheitssatz betrifft, auf einen Mißbrauch bezüglich des Inhalts abstellen, da ein solcher sich innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens auf Grundrechte nicht auswirken wird.
Die Begriffsbestimmung des Mißbrauchs muß man aus der des Mißbrauchs eines Rechtes ableiten, da die Ausnutzung einer Handlungsfreiheit und die Nutzung eines Rechtes insoweit vergleichbar sind. Unter dem Mißbrauch eines Rechtes versteht man ein Gebrauchmachen unter Berufung auf das Recht unter gleichzeitiger Verkehrung seines Sinnes in das Gegenteil [3]. Im Anschluß daran kann man den Mißbrauch des

---

1) Nach Hamann NJW 57/3 bildet das Willkürverbot nicht den eigentlichen Inhalt oder wenigstens den Schwerpunkt des Gleichheitssatzes. Das Willkürverbot könne methodisch richtig nur aus dem Grundsatz der Rechtsgebundenheit aller staatlichen Tätigkeit (Art.2o Abs.3 GG) abgeleitet werden. Vergl. auch ders.Rechtsstaat S.5o; Hesse AöR Bd.77S.215 f. Ipsen, Gleichheit S.137 stellt fest, daß die blendende Gleichsetzung von Gleichheit und Willkürverbot das Gleichheitsgebot in verfänglicher Weise seiner exekutiven und justitiellen Praktikabilität beraubt und im Sinne einer Denaturierung und Aufblähung wirkt, da es sich von der Ungerechtigkeit nur rein quantitativ unterscheidet.
2) Siehe S.63 Anm.2.
3) Geiger, Vorbem. 6 vor § 36; Maunz, Staatsrecht S.112.

Gesetzgebers beim Erlaß von Gesetzen begrifflich bestimmen als eine Berufung auf seine Handlungsfreiheit, jedoch nicht der vorhergehenden Begriffsbestimmung folgend: bei gleichzeitiger Verkehrung ihres Sinnes in das Gegenteil, sondern bei gleichzeitiger Überschreitung ihrer Grenzen; denn da zwischen dem Gesetz und der Handlungsfreiheit keine echte Parallele besteht, würde eine unveränderte Übernahme dieser Begriffsbestimmung zur Folge haben, daß der Gesetzgeber mißbräuchlich handeln würde, wenn er die Handlungsfreiheit in das Gegenteil verkehren würde, d.h. für sich eine Handlungsgebundenheit annehmen würde. Das ist aber widersinnig.

Diese Begriffsbestimmung hilft aber nicht weiter, sondern führt zur Ausgangsfrage zurück, nämlich nach den Grenzen eben dieser Handlungsfreiheit, die neben dem nicht näher faßbaren Willkürverbot auch durch das Mißbrauchsverbot umrissen sein sollen. Daraus ist zu folgern, daß auch über den Begriff des Mißbrauchs die Verletzung des Gleichheitssatzes nicht zu konkretisieren ist.

3. Nichtbeachtung der Grundsatznormen der Verfassung

Eine weitere Möglichkeit für eine Verletzung des Gleichheitssatzes sieht das BVerfG [1] darin, daß der Gesetzgeber die in der Verfassung selbst enthaltenen Grundentscheidungen oder Grundsatznormen, in denen Wertentscheidungen ausgedrückt sind, nicht beachtet. Es ist, soweit ersichtlich, unstreitig, daß unter den Grundsatznormen einer Verfassung nicht ihr gesamter Normenbestand zu verstehen ist, sondern nur die elementaren Verfassungsgrundsätze. Dazu gehören in erster Linie die Grundrechte, ferner die in § 88 Abs.2 StGB aufgeführten Fälle, sowie das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip [2]

Soweit diese Grundsatznormen der Verfassung Wertentscheidungen enthalten, wie etwa das Rechts- oder das Sozialstaatsprinzip oder auch der allgemeine Gleichheitssatz, vermögen sie die

---

1) Siehe S.63 Anm.2.
2) v.Mangoldt-Klein Art.2 Anm. IV 2 a (S.182); Geiger, Komm.Vorbem. 3 vor § 58; Hamann Art. 18 Anm. B 3.

vorliegende Frage nicht zu beantworten. Vielmehr verlagern sie die Problematik auf ein anderes, aber ebenso unbestimmtes Gebiet, wie z.B.das des Rechtsstaatsbegriffs. Dabei wird man vieles über diesen Begriff aussagen konnen, und es mag auch im Einzelfall nicht schwer sein, aufgrund dieses Begriffes eine Verletzung des Gleichheitssatzes nachzuweisen, aber ein allgemeingültig faßbares und gleichbleibendes Kriterium ist aus dieser Vorschrift nicht zu gewinnen, da sie selbst nicht ein solches Kriterium ist. Generell und allgemeingültig faßbar läßt sich die Grenze der Handlungsfreiheit daher aus den Grundsatznormen der Verfassung nicht bestimmen.

4. Außerachtlassen einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise

Nach der Auffassung des BVerfG [1] verletzt der Gesetzgeber den Gleichheitssatz auch dann, wenn er tatsächliche Gleich- oder Ungleichheiten nicht berücksichtigt, obwohl sie aufgrund einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise geboten erscheint.
Ergibt sich aus einer vom Gerechtigkeitsgedanken bestimmten Betrachtungsweise ein allgemein gültiger Anhaltspunkt, d.h. ein inhaltlich eindeutiger Begriff, der für jeden Fall unzweideutig ausspricht, was im Einzelfall gleich und was ungleich behandelt werden muß? Nach der oben [2] angegebenen Begriffsbestimmung der Gerechtigkeit versteht man unter dieser den auf dem Sittengesetz beruhenden grundsätzlichen Maßstab zwischenmenschlicher Interessenkollisionen, dessen Inhalt ein Gesolltes ist. Legt man dieses als Betrachtungsmaßstab zugrunde, so stellt sich damit sogleich die Frage nach dem Sittengesetz. Im Anschluß an PETERS [3] versteht man heute allgemein darunter die Summe der sittlichen Normen, die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind [1].

---

1) Siehe S.64 Anm.1.
2) Siehe S.45 Anm.2.
3) Peters, Festschrift S. 665.

Es handelt sich dabei ebenso wie bei dem Begriff der verfassungsmässigen Ordnung nicht um einen Ausdruck mit nur unveränderlichem Inhalt, sondern maßgebend sind daneben die jeweils herrschenden Anschauungen über sittliche Freiheit und Gebundenheit des Individuums [2].

Im folgenden ist zu untersuchen, ob sich aus diesen Erläuterungen des Sittengesetzes als allgemeingültiger, gleichbleibender und eindeutiger Maßstab für die Gerechtigkeit ergibt und sich aus diesem Gedanken eine allgemeingültige und konkret faßbare Beurteilungsgrundlage für das, was gleich oder ungleich zu behandeln ist, finden läßt.

Bei näherer Betrachtung findet man, daß sich aus diesen Sätzen nicht entnehmen läßt, welchen konkreten Inhalt das Sittengesetz hat. Dieser ist vor allem auch dann nicht zu gewinnen, wenn man der Auffassung von MAUNZ-DÜRIG [3] folgend, das Sittengesetz auf die altbewährten und praktikablen Rechtsbegriffe von Treu und Glauben sowie die guten Sitten beschränken wollte. Die herrschenden Anschauungen über sittliche Freiheit und Gebundenheit des Individuums vermögen

---

1) Vergl. v.Mangoldt-Klein Art.2 Anm. IV 3; Hamann Art.2 Anm.B 7; Huber I S.665. Der gegenteiligen Auffassung Maunz-Dürig Art.2 Abs.1 Rand Nr.16 (vergl. auch Dürig in AöR Bd.79 S.63 f.; Wolff H.J., Verw.R. I § 33 V b 15) kann nicht gefolgt werden. Nach dieser soll das Sittengesetz "auf die ethische Normallinie zurückgeschraubt werden, die etwa bei den altbewährten und praktikablen Rechtsbegriffen: Gute Sitten, Treu und Glauben verläuft." Das Sittengesetz ist ebenso wie das überpositive Recht eine Idee des abendländischen Kulturkreises, die durch die Verfassungen der einzelnen Staaten zum anwendbaren Gesetz werden. Für die Bundesrepublik ist die Anwendbarkeit durch Art.2 Abs.1 GG erfolgt. Aus dieser Vorschrift ergibt sich aber keine Beschränkung auf die bei Maunz-Dürig und den ihnen folgenden Autoren genannten Fälle; vielmehr gilt es in seinem weitesten Umfange.
Die Berufung in Maunz-Dürig (ebenda) auf Huber I S.665 ist unrichtig, da dieser das Sittengesetz gerade nicht auf die von Maunz-Dürig bezeichneten Fälle beschränkt.

2) Drath (9) S.65; v.Mangoldt-Klein Art.2 Anm.IV 3; Wernicke in BK Art.2 Anm.2 b; Wolff H.J., Verw.R. I § 33 V a 2 (S.16 Dieses steht nicht im Widerspruch mit der auf S. 81 Anm.1 erfolgten Erörterung, da das Sittengesetz nur im Rahmen der es anwendbar machenden Verfassung Gesetz sein kann.

3) Maunz-Dürig Art.2 Abs.1 Rand Nr.16.

zwar, soweit sie zu ermitteln ist, was auch noch sehr zweifelhaft sein kann, den Begriff des Sittengesetzes einzuengen, aber im Endergebnis läßt sich allgemeingültig nicht aussagen, was dem Sittengesetz entspricht und was nicht. Hieraus folgt der Schluß, daß der Gerechtigkeitsgedanke in dieser Beziehung nicht zur allgemeingültigen konkreten Maxime der Beurteilung erhoben werden kann, ob Gleichheit oder Ungleichheit vorliegt [1] [2].

5. Nichtberücksichtigung der Zweckmäßigkeit für das Recht selbst

Ebenso wie die am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise sieht das BVerfG auch die Zweckmäßigkeit für das Recht als Grundlage der Beurteilung dafür an, ob die tatsächlichen Gleich- oder Ungleichheiten so bedeutsam sind, daß der Gesetzgeber sie beachten muß.
Bei Betrachtung dieser Aussage stellt sich die Frage nach dem Begriff des Rechts. Bedeutet dabei Recht im Sinne von Art.2o Abs.3 GG den Wertgehalt, den das Gesetz in sich aufnehmen muß, um rechtsverbindlich zu sein [4], oder die Verfassung mit ihren geschriebenen oder ungeschriebenen Normen?

---

1) Ob aufgrund des Gerechtigkeitsprinzips sich für den jeweiligen Einzelfall feststellen läßt, was gleich oder ungleich zu behandeln ist, soll an späterer Stelle untersucht werden.

2) Die Gerechtigkeit ist auf das physische Leben bezogen. Diese Stoffbezogenheit macht es verständlich, warum die Gerechtigkeit sich nicht mit allgemeinverbindlichem Inhalt füllen läßt (Leibholz, Strukturprobleme S.282; ders.Gleichheit S.58), denn ein Begriff, der in der Definition selbst einen bestimmten Inhalt oder einen konkreten Zweck aufnimmt, muß notwendig seine Allgemeingültigkeit aufgeben (ders.Gleichheit S.56).
Ebenso im Ergebnis Fuss JZ 59/33o: Es ist nicht möglich, das Kriterium der Sachgerechtigkeit zu einem Obersatz zu erheben, der es ermöglicht, die ganze Breite und Vielfalt gesetzgeberischer Gestaltung unter ihn zu subsumieren und damit zu einem logisch zwingenden Ergebnis zu gelangen. Die Auffassung Coings S.13o f., der Gedanke der Rechtsidee begreife nicht nur die Gerechtigkeit in sich, sondern alle sittlichen Forderungen, deren Verwirklichung im Recht möglich ist, vermag ebenfalls keine Klarheit zu bringen, da sie lediglich das Problem von dem Gebiet des Gerechtigkeitsgedankens auf das der Sittlichkeit verlagert, das sich entsprechend der Vielzahl der Beobachter verschieden gestalten kann.

(Forts. S.83)

Die Grundlage der Entscheidung über das Schwergewicht der Gleichheiten und Ungleichheiten muß zwangsläufig außerhalb des regelnden Gesetzes bestehen. Das ist zwar bei der Verfassung gegeben; aber diese kann nicht mit ihren geschriebenen und ungeschriebenen Normen unter den Begriff des Rechts gefaßt werden. Im Verhältnis zum Begriff des Gesetzes besteht dann kein Korrelat; denn die Verfassung ist wie die übrigen Vorschriften Gesetz, wenn auch auf einer höheren Ebene. Unter dem Recht muß man demnach den Wertgehalt verstehen, den jedes Gesetz und damit auch die Verfassung in sich aufnehmen muß. Damit besteht eine allgemeinverbindliche Grundlage, die außerhalb des Gesetzes besteht. Was dieser Wertgehalt beinhaltet, läßt sich für die zu erlassenden Gesetze vor allem aus der Verfassung entnehmen.

Was ist die Zweckmäßigkeit dieser Grundlage? Nach der Rechtsphilosophie ist der Zweck als Bezwecktes etwas Gesolltes und als solches zugleich etwas Geschautes [1].
Daß nämlich etwas ohne Zweck erstrebt werde oder etwas bezweckt werde ohne Bestreben, ist ein Widerspruch in sich [2].
Der Zweck der Verfassung ist daher etwas, das der Verfassungsgeber mit seinem geistigen Auge geschaut hat, das dann in seinem Geiste zu etwas Gesolltem geworden ist und anschließend sich in der Verfassung als etwas Bezwecktes niedergeschlagen hat. Der Begriff des BVerfG von der Zweckmäßigkeit für das Recht besagt im Anschluß daran: Es muß zur Verwirklichung der in der Verfassung enthaltenden Leitgedanken

---

2) Forts. von S.82:
Auch die Auffassung Sauers S.143, die Gerechtigkeit bedeute die Übereinstimmung einzelner Wertstrebungen mit den Zielen der obersten Gemeinschaft und sei insofern identisch mit dem obersten Gemeinwohl, verschiebt die Problematik auf das Gebiet des Gemeinwohls, das ebenso buntschillernd ist wie der Begriff der Gerechtigkeit.
3) Siehe S.64 Anm.1.
4) v.Mangoldt-Klein Art.2o Anm. VI 4 f.

---

1) Vergl. Brinkmann S.381; Brugger S. 393 f.
2) Brinkmann S.381.

förderlich sein, ob man bei dem zu regelnden Fall den Gleich- oder Ungleichheiten eine größere Bedeutung beimißt. Aus den Leitgedanken des Grundgesetzes wie der Rechtsstaatlichkeit oder Sozialstaatlichkeit sind aber keine allgemeinen und greifbaren Begriffe herzuleiten, die einer Beurteilung zugrunde gelegt werden könnten. Es liegt auch hierin lediglich eine Verlagerung auf andere generell nicht bestimmbare Begriffe.

6. Nichtbeachtung der Natur der Sache

Dieser bereits von Cicero gebrauchte, von Thomas von Aquin mit dem Naturrecht gleichgesetzte Begriff hilft auch dem BVerfG, Gleiches von Ungleichem zu scheiden [1]. So verletzt nach der Rechtsprechung des BVerfG [2] der Gesetzgeber den Gleichheitssatz, wenn ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung oder Gleichbehandlung fehlt.

Daß der Begriff der Vernunft, der hier ebenso wie oben [3] bei dem Begriff der Willkür auftaucht, für die Frage nach einem objektiv faßbaren und allgemein-gültigen Kriterium der Verletzung des Gleichheitssatzes nichts herzugeben vermag, ist bereits festgestellt worden. Die Untersuchung kann sich deshalb in diesem Abschnitt auf die Untersuchung des Begriffs der Natur der Sache beschränken.
Über den Begriff der Natur der Sache als rechtsphilosophisches Problem gibt es eine Fülle von Meinungen, von denen nur einige wenige genannt werden können. Nach RADBRUCH [4] ist die Natur der Sache der Sinn als Ausdruck einer Rechtsidee, der einem faktischen Lebensverhältnis zukommt. Im Anschluß daran spricht FECHNER [5] von dem auf eine Rechtsidee bezogenen Sein eines Lebensverhältnisses. Für COING [6] umfaßt der Begriff außer der Natur des Menschen die eigenartige Sach-

---

1) Küchenhoff, JR 59/282
2) Siehe S.64 Anm.2.
3) Siehe S.76 f.
4) Festschrift S.162; ders.Rechtsphilosophie S.98 f.
5) Fechner S.147.
6) Coing S.119.

gesetzlichkeit, die den einzelnen Tätigkeitsbereichen und Gemeinschaften des Menschen eigen ist.
Ohne auf die einzelnen Gedankengänge näher eingehen zu können, die bei aller Verschiedenheit insoweit übereinstimmen, als sie alle den Blick auf eine sinnerfüllte soziale Welt lenken, in der der Mensch sich vorfindet, und demnach nicht unmittelbar auf anthropologische Sachverhalte verweisen [1], soll der Begriff der Natur der Sache im Anschluß an die Ausführungen STRATENWERTHS [2] wie folgt näher erläutert werden:
Die Natur der Sache verweist stets auf einen bestimmten Wertgesichtspunkt, unter dem sie zu allererst in den Blick kommt. Sie antwortet deshalb immer nur auf eine bestimmte Fragestellung. Daraus folgt, daß die Entscheidung über das richtige, dem Sinn eines Lebensverhältnisses, der Ordnungsaufgabe einer Institution oder auch der Eigenart technischer Abläufe entsprechende Verhalten schon von einem Vorverständnis der Situation geleitet wird, das die jeweils wesentlichen Umstände festlegt. Die Wertgesichtspunkte, die dabei die Blickrichtung jeweils bestimmen, werden meist nicht bewußt, sondern lassen sich nur in einer reflektierenden Einstellung feststellen.
Dieses Ergebnis macht einerseits die Relativität aller Aussagen über die Natur der Sache deutlich [3], da sie an eine bestimmte Sicht der Dinge gebunden bleibt; andererseits zeit es aber auch die Unverschiebbarkeit der mit einer Berufung auf die Natur der Sache geltend gemachten Wesenszusammenhänge. Man darf sich deshalb nicht verleiten lassen anzunehmen, daß der Begriff der Natur der Sache mit seiner Rückführung auf die die Blickrichtung festlegenden Gesichtspunkte beliebigen Wertungen anheimgegeben werde; denn die Wertgesichtspunkte müssen von den einzelnen Wertprädikaten scharf unterschieden werden. Als materielle Prinzipien zeichnen diese Wertgesichtspunkte die Sachverhalte, auf die die Wertprädikate sich beziehen, in den wesentlichen

---

1) Vergl. Stratenwerth S.21.
2) Stratenwerth S.24 ff.
3) Wolf Erik Anm. 62; Würtenberger JZ 55/3.

Konturen vor. Deshalb dürfen auch die einmal aufgenommenen Wertgesichtspunkte nicht verändert, sondern müssen durchgehalten werden.
Aber auch die Rückführung des Begriffes der Natur der Sache auf die Wertgesichtspunkte vermag keine konkrete und allgemein-praktikable Antwort auf die Frage zu geben, wann der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletzt hat; denn bei diesen nicht zu unterschätzenden Bemühungen STRATENWERTH's darf nicht übersehen werden, wie er auch selbst an späterer Stelle einräumt [1], daß die Gegebenheiten, auf deren Natur man sich beruft, zwar in der Ebene der Realität liegen, ihr Sinn oder ihre Natur jedoch jeweils auf den Gesichtspunkt bezogen ist, unter dem sie gesehen werden. D.h. erst die spezielle Blickrichtung hebt das Wesen aus der Masse der vorfindbaren Fakten heraus. Da die Gesichtspunkte, je verwikkelter die rechtlich zu regelnden Erscheinungen des sozialen Lebens und je vielfältiger die zu berücksichtigenden Umstände sind, für jeden Betrachter aufgrund seiner individuellen Vorstellung verschieden sein können, ist ein allgemeingültiger Maßstab damit nicht gewonnen [2]. Hinzu kommt außerdem, daß die Natur der Sache nicht einen begrifflich gleichbleibenden Inhalt haben kann, sondern nach der jeweiligen Sache verschieden sein muß [3].
Auch der Begriff des "sonstwie sachlich einleuchtenden Grundes", den das BverfG mit dem Begriff der Natur der

---

1) Stratenwerth S.27.
2) Hamann DöV 52/134 sieht in der Benutzung des Begriffes der Natur der Sache die Gefahr der grundsätzlichen Anerkennung des behördlichen oder gesetzgeberischen Ermessens (Handlungsfreiheit) als ausreichende Grundlage für Abweichungen vom Gleichheitsgrundsatz des GG, was bedeuten würde, daß die Gleichheit vor dem Gesetz nur noch nach Maßgabe des pflichtgemäßen Ermessens (Handlungsfreiheit) der Behörden oder Parlamente bestehe, das nicht nachprüfbar sei. Das nehme aber Art.3 Abs. 1 GG seinen Charakter und verletze den Wesensgehalt nach Art.19 Abs.2 GG.
3) Vergl. dazu Hamann NJW 56/37o; Radbruch, Festschrift S.159.

Sache und der Vernunft auf eine Ebene stellt, vermag nicht weiterzuhelfen. Während es sich bei der Natur der Sache um einen Wertgesichtspunkt handelt, der sich aus der Art der zu regelnden Lebensverhältnisse ergibt, muß der sachlich einleuchtende Grund außerhalb dieser Art liegen, wenn mit ihm nicht der Inhalt der Natur der Sache wiederholt werden soll. Ist dieses aber denkbar? D.h.kann als Maßstab, ob etwas differenziert oder gleichbehandelt werden muß, ein Begriff maßgebend sein, der nicht Natur der Sache ist? Den Begriff s a c h l i c h versteht man als in Beziehung zu der zu behandelnden Materie. So ist ein Argument sachlich, das sich im Rahmen der jeweiligen Erörterung hält. Diese Beziehung zwischen Argument und Erörterung wird aber hergestellt durch den Inhalt oder Wertgesichtspunkt, der sich aus dem Gegenstand der Erörterung oder, allgemein gesagt, aus der zu behandelnden oder zu regelnden Materie ergibt. Alles was nicht in dieser Beziehung steht, ist unsachlich. Daraus ergibt sich, daß die sonstwie sachlich einleuchtenden Gründe mit der Natur der Sache, soweit sie als Regel für Differenzierungen oder Gleichbehandlungen gelten sollen, übereinstimmen und dieser Begriff nichts Neues aussagt. Aber selbst wenn man der Ansicht ist, daß der Begriff der Natur der Sache den engeren Beziehungskreis darstellt, während die sonstwie sachlich einleuchtenden Gründe den weiteren darstellen, was hier nicht behauptet werden soll, ist aus dem letzten für die Beantwortung der Frage nach den Grenzen der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen des Gleichheitssatzes nichts zu gewinnen. Der Begriff der sachlichen Gründe ist ebenso schillernd wie der der Natur der Sache.

Der Begriff des vernünftigen Grundes, des sich aus der Natur der Sache ergebenden Grundes und des sonstwie sachlich einleuchtenden Grundes für Differenzierungen oder Gleichbehandlungen gewinnen auch nicht dadurch einen festumrissenen allgemeinverbindlichen Inhalt, daß sich ihr Grad, wie das BVerfG [1] ausführt, nach den Wertungen bestimmt, die im Rechtsbewußtsein der konkreten Rechtsgemeinschaft lebendig sind.

---

1) Siehe S. 64 Anm.1.

Zunächst taucht dabei eine rein praktische Frage auf: Wie soll im einzelnen festgestellt werden, welche Wertungen in der konkreten Rechtsgemeinschaft lebendig sind? Da innerhalb einer Rechtsgemeinschaft die Wertungen nie einheitlich sein können, müßte die Mehrheit ermittelt werden. Da das GG eine Volksbefragung mit Ausnahme der Art.29 und 118 nicht kennt, wäre eine Ermittlung allenfalls über Meinungsforschungsinstitute oder die Parlamente denkbar. Eine Ermittlung über Meinungsforschungsinstitute scheidet aber aus, da sie einen zu großen Unsicherheitsfaktor in sich birgt; denn praktisch können dabei nicht alle Personen der jeweiligen Rechtsgemeinschaft befragt werden, da dieses einen zu großen Aufwand erfordern würde und außerdem ständig wiederholt werden müßte, weil man stets damit rechnen muß, daß sich die ermittelte Meinung geändert hat. Zum anderen wurde praktisch der Volksentscheid durch eine Hintertür wieder ins Spiel gebracht, der im Gegensatz zur WRV im GG mit Ausnahme der beiden genannten Fälle gerade nicht bestehen sollte.

Aber auch die Abgeordneten des Parlaments, die zwar vom Volke gewählt und damit bei ihrer Tätigkeit Repräsentanten der Volksmeinung sind [1], vermögen die Mehrheit des Rechtsbewußtseins der Rechtsgemeinschaft nicht zu verkörpern; denn ganz abgesehen davon, daß die Abgeordneten sich häufig bewußt oder unbewußt von den politischen Zielen ihrer Partei leiten lassen, sind es gerade die von ihnen beschlossenen Gesetze, die an dem Rechtsbewusstsein der konkreten Rechtsgemeinschaft gemessen werden sollen; wer könnte es den Abgeordneten verdenken, daß sie auch in diesem Falle schon rein gefühlsmäßig zu ihrem beschlossenen Gesetz stehen.

Es kommt noch hinzu, daß sich im Falle einer Änderung des Rechtsbewusstseins während der Dauer einer Legislaturperiode die Wähler wegen Art. 38 Abs.1 GG nicht die Möglichkeit haben, den von ihnen gewählten Volksvertretern Weisungen zu geben, so daß es theoretisch innerhalb der Parlamente eine andere Wertungsauffassung vorherrschend sein kann als inner-

---

1) Dieses steht nicht im Widerspruch zur Art. 38 Abs.1 GG, da die Repräsentation nicht wesensnotwendig an eine Weisungsgebundenheit durch die Repräsentanten gebunden ist.

halb derRechtsgemeinschaft des Volkes.
Abgesehen von dieser rein praktischen Frage birgt die Ausführung des BVerfG auch noch andere Schwierigkeiten in sich. Das Rechtsbewußtsein einer Gemeinschaft kann sehr stark von Augenblicksstimmungen abhängig sein. Man denke dabei etwa an das Problem der Todesstrafe. Wenn irgendwo ein grauenvoller Mord geschehen ist, wird aus der Augenblicksstimmung heraus das Rechtsbewußtsein eines großen Teiles der Rechtsgemeinschaft ihre Wiedereinführung fordern, was bei nüchterner Überlegung mindestens in dem zahlenmäßigen Umfang nicht der Fall wäre. Aus diesem Grunde sollte man mit dem Rechtsbewußtsein, auch soweit es sich auf einige wenige Grundtendenzen der Rechtsordnung beschränkt, äußerst vorsichtig sein.
Nachdem festgestellt worden ist, daß alle schlagwortartigen Begriffe des BVerfG, die es im Rahmen einer Verletzung des Gleichheitssatzes verwendet, nicht faßbar sind und nicht allgemeingültig und gleichbleibend bestimmt werden können, ist noch nicht erwiesen, daß es im Rahmen des Gleichheitssatzes derartige allgemeinverbindliche und trotzdem festumgrenzte Kriterien einer Verletzung nicht gibt, sondern nur von Fall zu Fall unterschiedlich entschieden werden kann, was z.B. willkürlich oder sachgerecht ist, wobei der Versuch gemacht werden muß, möglichst sich objektiv greifbare Kriterien heranzuziehen. Es soll im folgenden untersucht werden, ob sich aus den Schranken [1] der Grundrechte des GG die gesuchten allgemeingültigen und konkreten Kriterien entwickeln lassen.

---

1) Bei der Terminologie S c h r a n k e n muß man sich stets vor Augen halten, daß es sich im Sinne reiner Logik bei den Grundrechten nicht um Schranken im eigentlichen Sinne, sondern nur um Begriffsfestlegungen handeln kann, ein System der Schranken aber eine bessere Erkenntnis der Verschiedenartigkeiten der Begriffsfestlegungen ermöglicht. So v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 1 b (S.122).

7. Gewährleistungsschranken der Grundrechte

a) Begriffsfestlegungen

Bei der Verbürgung z.B. des Rechts der freien Meinungsäußerung (art.5 Abs.2 GG), der Versammlungsfreiheit (Art. 9 Abs.2 und Abs.3 S.2 GG), des Eigentums und Erbrechts (Art.14 Abs.1 S.1 GG) bringt das GG jeweils ausdrücklich zum Ausdruck, daß diese Grundrechte einschränkbar sind [1]. Eine derartige Bestimmung, aus der die Grenze einer Abstraktion zu entnehmen wäre, fehlt aber bei Art.3 Abs. 1 GG.

b) Immanente sachliche Schranken

Neben diesen Schranken, d.h.Brgiffsfestlegungen, die durch zusätzliche Maßnahmen etwa des Gesetzgebers erfolgen, gibt es aber auch noch andere Gewährleistungsschranken. Zu diesen gehören die immanenten sachlichen Schranken der Grundrechte wie Kunst, Wissenschaft, Verein, Wohnung, Eigentum usw. Diese Begriffe können in der Regel aus sich selbst bestimmt werden; das gilt vor allem dann, wenn ein Grundrecht in Verbindung mit einem gesellschaftlichen Sachverhalt gewährleistet wird. Anders ist es aber, wenn ein Grundrecht mit denknotwendigen Einrichtungsgarantien gekoppelt ist, wie z.B. die Vereinigungsfreiheit denknotwendig die Garantie Rechtseinrichtung Verein voraussetzt. Hier läßt sich der Begriff des Grundrechts nur aus der mitgarantierten Rechtseinrichtung ermitteln [2]. - Weil es sich bei der Gleichheit nicht um einen allgemein gültigen und bestimmten Begriff wie etwa Wohnung, Verein, Eigentum usw. handelt und auch eine Verkoppelung mit Einrichtungsgarantien fehlt, läßt sich aus den immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken die Grenze der Abstraktion nicht ermitteln.

c) Systematische sachliche Schranken

Ferner werden die Grundrechte durch systematische sachliche Gewährleistungsschranken, die sich aus dem gegenseitigen

---

1) v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 1 a.
2) v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2 a.

Verhältnis der entsprechenden Grundrechtsbestimmungen ergeben, dadurch sachlich eingeschränkt, daß bei der Inanspruchnahme einer in der fraglichen Hinsicht nicht eingeschränkten und auch nicht einschränkbaren Grundrechtsbestimmung gleichzeitig eine andere in der fraglichen Hinsicht eingeschränkte oder einschränkbare Grundrechtsbestimmung in Anspruch genommen wird. Bei der Lösung einer solchen Kollision muß zwangsläufig eine Abwägung erfolgen nach der Maßgabe, ob die einzuschränkende Grundrechtsbestimmung der anderen gleichzeitig in Anspruch genommenen ihrem Inhalt derart vorgeht, daß sich eine solche Einschränkung verbietet [1]. Eine weitere Erörterung dieser Gewährleistungsschranke erübrigt sich schon deshalb, weil bei ihr eine Abwägung erfolgt, die von Fall zu Fall, d.h. bei der jeweiligen Frage, welche Grundrechte mit welchen Grundrechten kollidieren, verschieden sein kann und daher kein feststehender allgemeingültiger Grundsatz für die Grenze der Abstraktion bei der Suche nach dem jeweiligen tertium comparationis aus ihr zu erwarten ist.

d) Immanente und systematische persönliche Schranken

Weiter werden die Grundrechte durch immanente persönliche Gewährleistungsschranken eingeschränkt, die jedoch nicht einheitlich geartet sind. Unterarten solcher Schranken sind: das Deutsch-Sein, die sogenannte Grundrechtsmündigkeit und das Recht auf Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe aus Gewissensgründen [2]. Daß diese Schranken nichts dazu beizutragen vermögen, einen allgemeinen Grundsatz für die Grenze der Abstraktion zu finden, ergibt sich aus ihren einzelnen Unterfällen. Auch aus den systematischen persönlichen Gewährleistungsschranken, die etwa dann bestehen, wenn Art.3 GG mit anderen Grundrechten zusammentrifft, die nur alle Deutschen begünstigen, wenn Grundrechte gemäß Art.18 GG verwirkt sind oder besondere Gewaltverhältnisse

---

1) v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2 b.
2) v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2 c.

bestehen [1], läßt sich für die Frage nach der Grenze der Abstraktion nichts entnehmen, da es sich hierbei, vergleichbar mit den immanenten persönlichen Gewährleistungsschranken um Einzelfälle handelt und sie sich außerdem ihrem ganzen Wesen nach nicht dazu eignen.

8. Vorbehaltsschranken der Grundrechte

Neben den Gewährleistungsschranken stehen die sogen. Vorbehaltsschranken. Darunter versteht man solche, die den als feststehend angenommenen Inhalt der einzelnen Grundrechte einengen. Diese Schranken gliedern sich nach dem GG in zwei Arten auf, und zwar in die verfassungsunmittelbaren und die verfassungsmittelbaren [2].

a) Verfassungsunmittelbare Schranken

Die verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken leiten ihre Wirkungskraft unmittelbar aus dem GG her. Sie beziehen sich entweder auf mehrere voneinander unabhängige [3] Grundrechte oder nur speziell auf einzelne von ihnen. Je nachdem werden sie als allgemeine oder besondere bezeichnet. Die allgemeinen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken werden durch die in Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG genannten Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz gebildet. Diese Schranken gelten aber, wie sich aus Art. 2 Abs.1 GG ergibt, nur für alle Freiheitsrechte des GG und damit nicht auch für die Gleichheitsrechte, die aus ihrem Wesen heraus mit diesen in einem Spannungsverhältnis stehen [4]. Deshalb können auch diese

---

1) v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 2 d u.e.
2) v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 3.
3) Dieser Ausdruck ist eindeutiger als der bei v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 3 a S.13o gebrauchte Begriff " a l l e Grundrechte", da hierdurch das Mißverständnis aufkommen könnte, daß diese Vorbehaltsschranken ohne Ausnahme für alle Grundrechte gelten. Daß dieses nicht der Fall ist, wird auch v.Mangoldt-Klein (vergl.ebenda) vorgetragen.
4) So auch v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 3a; ders.Art.3 Anm. VI 5.

Schranken für die vorliegende Betrachtung unberücksichtigt bleiben. Im Gegensatz dazu versteht man unter den besonderen verfassungsunmittelbaren Vorbehaltsschranken solche, die mit unmittelbarer Wirkung von Verfassungswegen ein bestimmtes Grundrecht einschränken, wie dieses z.B. bei Artikel 9 Abs.2 GG geschieht. Eine dieser Vorschrift vergleichbare Einschränkung fehlt aber bei Art.3 GG, so daß eine eingehendere Erörterung dieser Vorbehaltsschranke hier nicht fruchtbar ist [1].

b) Verfassungsmittelbare Schranken

Die verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken sind Einschränkungen der Grundrechte durch Gesetze, Verwaltungsmaßnahmen oder Gerichtsentscheidungen, die ihrerseits auf diesbezüglichen ausdrücklichen Vorbehalten in der Verfassung beruhen. Bei diesen wird die betreffende Grundrechtsbestimmung nicht durch die Verfassung selbst, sondern erst aufgrund der Verfassung und zwar durch Gesetze oder aufgrund von Gesetzen durch Verwaltungsmaßnahmen oder Gerichtsentscheidungen eingeschränkt, die mittelbar eine Rechtsgrundlage in diesbezüglichen Vorbehalten in der Verfassung finden [2]. So besteht als Grundlage einer verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranke z.B. für Art. 5 Abs. 1 GG der Abs.2 dieses Artikels. Eine dieser Vorschrift vergleichbare Grundlage findet sich aber in Art. 3 GG nicht, so daß auch über die verfassungsmittelbaren Vorbehaltsschranken keine Lösung zu erwarten ist.

9. Menschenwürde

Auch der Versuch DÜRIG's [3], die Menschenwürde als tertium comparationis aufzustellen, hinsichtlich dessen die Menschen rechtlich verglichen werden sollen, vermag keinen allgemeingültigen und faßbaren Begriff zu liefern, der die Grenze der Abstraktion bezeichnet. Auf den ersten Blick scheint sich hier zwar eine Lösungsmöglichkeit abzuzeichnen, wenn man bedenkt, daß jede Abstraktion der Wesensmerkmale

---

1) Vergl. zu diesem Komplex v.Mangoldt-Klein Vorbem.B XV 3a.
2) So v.Mangoldt-Klein Vorbem. B XV 3 vor a; vergl. auch dars. Vorbem. B XV 3 b.
3) Dürig, Staatslexikon S.986.

des Menschen auf der Suche nach einem gemeinsamen tertium comparationis dann sich nicht mehr in den Grenzen des Gleichheitssatzes bewegt, wenn dabei der Mensch zum Objekt herabgewürdigt wird. Wenn man dann aber weiterfragt, wo die Grenze zwischen der Menschenwürde und der Behandlung des Menschen als Objekt verläuft, wird man zu einer allgemeingültigen und eindeutigen Grenzziehung für alle Fälle nicht mehr kommen, da hier jeweils mehrere Auffassungen entsprechend den unterschiedlichen Anschauungen möglich sind.

10. Zwischenergebnis

Wie sich aus den voraufgegangenen Untersuchungen ergibt, läßt sich eine allgemeingültige und eindeutig gleichbleibende bestimmbare Aussage darüber, in welchen Fällen der Gesetzgeber seine Handlungsfreiheit überschritten hat und damit der Gleichheitssatz verletzt ist, nicht machen. Nun wäre es aber unrichtig, wenn man daraus den Schluß ziehen würde, daß der allgemeine Gleichheitssatz mangels einer Bestimmbarkeit nicht praktikabel und deshalb auch als Grundrecht wertlos sei. Es liegt vielmehr im Wesen des Gleichheitssatzes begründet, daß es keine allgemeinen und festumrissenen Grundsätze geben kann, die für alle Fälle seiner Verletzung gleichbleibend sind. Dieses folgt vor allem daraus, daß es eine Gleichheit nicht schlechthin, sondern nur hinsichtlich gewisser Wesensmerkmale gibt. Aus dieser engen Beziehung zwischen der Gleichheit und diesen Wesensmerkmalen folgt dann auch, daß die wertmäßige Abstufung der Wesensmerkmale, die von Fall zu Fall verschieden sein kann, letztlich Maßstab für die Gleich- oder Ungleichbehandlung ist. Entscheidend sind dabei alle Wesensmerkmale, die das Individuum als solches kennzeichnen.

11. Verletzungskriterien in Verbindung mit einem konkreten Fall

Bei der Untersuchung der Frage, ob eine Handlung des Gesetzgebers den Gleichheitssatz verletzt, ist zunächst festzustellen, was mit der getroffenen Regelung bezweckt

werden soll. Da sich dieses aus dem Wortlaut der betreffenden Vorschrift feststellen läßt, wird sich über Zweck kaum streiten lassen, so daß damit als Grundlage für die Betrachtung ein objektiv greifbares Kriterium eingeführt worden ist, wodurch alle weiteren Überlegungen begrenzt werden. Die nun folgende Untersuchung bezieht sich auf das Wie der Regelung, und zwar speziell unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit, d.h. dem Gebot, alle Individuen und die ihnen gleichgestellten Personengruppen unter Berücksichtigung der jeweils vorhandenen Besonderheiten in demselben Umfang und derselben Art und Weise zu begünstigen oder zu belasten.- Nun tauchen hier zwar wieder Begriffe auf wie B e s o n d e r h e i t e n, U m f a n g, A r t u n d W e i s e, die genau so wenig generell gleichbleibend bestimmbar sind, wie etwa Willkür, Natur der Sache usw. Dabei sind aber doch zwei wesentliche Dinge zu berücksichtigen: Zunächst die konkret vorliegende Regelung mit dem in ihr enthaltenen Ziel und sodann die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers, deren Existenz im Rahmen des Gleichheitssatzes bisher ohne nähere Prüfung unterstellt worden ist.

a) Nichtberücksichtigung von Besonderheiten

Bei den drei aufgeführten Begriffen ergeben sich wohl die größten Schwierigkeiten bezüglich der Besonderheiten der Individuen, die der Gesetzgeber bei seiner Regelung beachten muß, weil hier das von der Gleichheit partiell konkretisierte Gerechtigkeitsprinzip im Spiele ist und dieses [1)] als der auf dem Sittengesetz beruhende grundsätzliche Maßstab zur Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen definiert worden ist. Diese zunächst farblos erscheinende Umschreibung vermag aber doch in Verbindung mit einer konkreten Regelung des Gesetzgebers gewisse nähere Aussagen zu machen.

---

1) Siehe S.45 Anm.2.

aa) Gerechtigkeitsprinzip

Es wird die Ansicht vertreten [1], daß mit Hilfe der Gerechtigkeit nicht ohne weiteres bewiesen werden könne, ob das eine oder andere Wesensmerkmal vorrangig sei. Die Gerechtigkeit bleibe zwar der ständige Richtpunkt, sie lasse sich aber ebenso wie das Gute, Wahre und Schöne rational nicht erfassen.- Dieses trifft soweit zu, wie man versucht, in der Gerechtigkeit einen einzigen, für alle Fälle inhaltseinheitlichen Begriff zu finden. Bezogen auf einen einzelnen Fall ergibt sich jedoch etwas anderes.

Sprachlich bedeutet der Begriff des Gerechten immer das dem Recht Gemäße [2] und damit einen Wertgehalt oder eine Idee. Diese geht dem Sein der Dinge voraus als ihr ewiges vollendetes Urbild, nachdem sie gestaltet werden [3]. Deshalb kann man die Ideen auch nicht als rational nicht faßbar von der Hand weisen. Die Ideen sind Wirklichkeiten und müssen als solche vom menschlichen Verstand erfaßt werden. Hierdurch werden sie zur Norm, nach der die Erscheinungsdinge beurteilt werden [4]. Aufgrund dieser Erfassung durch den menschlichen Geist ist ihr Inhalt nicht für alle Völker und Zeiten einheitlich, sondern in steter Entwicklung begriffen [5]. Daraus hat man den Schluß gezogen, daß sich der Inhalt der Gerechtigkeit nach den herrschenden Rechtsanschauungen richte [6]. Diese Anschauungen bilden aber mindestens für sich genommen keine wirkliche Lösung, da die herrschenden Rechtsanschauungen sich vielleicht noch

---

1) Vergl. Hesse AöR n.F. Bd.77 S.177 u.198; Kaufmann (3) S.11; Leibholz AöR n.F. Bd.12 S.25; ders.Strukturprobleme S.284; Morstein Marx S.62 f.; Paulick S.92.
2) v.Ihering S.365 f.
3) Brugger S.142; v.Mangoldt-Klein Art. 2o Anm. VI 4 f.
4) Böckenförde S.52; Brugger S.142; Hesse AöR n.F. Bd.77 S.177; Wolff, Gerechtigkeit S.1o9.
5) Fleiner-Giacometti S.4o7; Hesse AöR n.F. Bd. 77 S.217; Aldag S.42; v.Ihering S.358; Rinck DVBl 58/3; Leibholz, Gleichheit S.58.
6) Siehe S.96 Anm.1; ferner Dix S.63; Hesse AöR n.F.Bd.77 S.211; Rinck DVBl 61/3.
Nach Kaufmann (3) S.12 ist nur der als gerecht handelnder und richtender anzusehen, der reinen Herzens ist. Mit Recht hält dem aber Dix S.56 entgegen, daß dieses Vertrauen auf den Persönlichkeitswert nicht geeignet sei, objektive Normen zu ersetzen. Wenn man sich bemühe, den Inhalt der Gleichheit zu bestimmen, dann müsse man wenigstens annähernd

für einen größeren Komplex, nicht aber für jeden Einzelfall eindeutig feststellen lassen. Die Anschauungen können daher allenfalls zur Stützung, nicht aber zur Begründung eines speziellen Inhalts herangezogen werden. Für den Einzelfall läßt sich ein objektiver Wertmaßstab der Gerechtigkeit nur aus der jeweiligen Kulturperiode gewinnen [1], die unabhängig von den herrschenden Rechtsanschauungen ist, mit diesen übereinstimmen kann, es aber nicht muß. Die Gerechtigkeit allein liefert in Verbindung mit dem Sinn und Zweck der Regelung konkrete Maßstäbe für jede weitere Beurteilung; denn alle Institute wie z.B. Eigentum, Familie usw., die mit dem Sinn und Zweck einer Norm gleichzeitig in das Blickfeld gerückt worden sind, haben eine ihnen innewohnenden Eigengesetzlichkeit, aus der sich eine Fülle von Rechtssätzen ergibt, die ebenso wie der Richter auch der Gesetzgeber zu finden und zu beachten hat [2]. So ist erreicht, wa[illegible]IFF, H.J. [3] von dem Gerechtigkeitsprinzip verlangt: Allgemeingültigkeit und differenzierter Anwendung auf die allerverschiedensten sozialen Situationen fähig [4] [5].

ab) Grenzen der Differenzierung

Als ein Maßstab, der auf dem Sittengesetz beruht, muß die Gerechtigkeit notwendigerweise auch die Wesensmerkmale der Individuen beachten, die durch das Sittengesetz garantiert werden. Hierbei steht die Menschenwürde an oberster Stelle; das tertium comparationis als Gesamtheit der gleichen Eigenschaften der beteiligten Individuen nimmt mit der Differenzierung ihrer Interessenwerte ab. Stets muß

---

1) So Curit S.7 u.1oo f.; Nipperdey, Bundesverfassungsgericht S.43; Paulick S.1oo.
2) Kaufmann (3) S.15.
3) Rechtsgrundsätze S.37.
4) Radbruch, Rechtsphilosophie S.127 unterscheidet zwischen Gerechtigkeit und Billigkeit, wobei er die Billigkeit als Gerechtigkeit des Einzelfalles bezeichnet.
5) Im Ergebnis ebenso Triepel S.3o; Die Antwort auf die Frage, was gleichbehandelt zu werden verdient und umgekehrt, ist zu entnehmen aus den bedingten Inhalten des positiven Rechts, der nach Zeit und Ort wandelbaren Anschauungen der Gesellschaft und den immanenten Prinzipien der Rechtsordnung selbst.

jedoch dasjenige bleiben, was den Menschen als Menschen auszeichnet: seine Würde [1].

aba) Menschenwürde

Die Menschenwürde kann begrifflich als Wesensmerkmal, das den Menschen zum Menschen macht, nicht als Maßstab für eine Beurteilung der Besonderheiten zwischen Menschen, bezogen auf ihre Gleichbehandlung, gewählt werden [2], da die Menschenwürde wohl unbestritten [3] allen Menschen ohne Rücksicht auf ihre Stellung und ihr Ansehen innerhalb der Gemeinschaft (Ehrenbürger - Gewohnheitsverbrecher) zusteht und deshalb insoweit keine Nuancierungen denkbar sind, die bei einer Regelung unberücksichtigt bleiben könnten. Die Menschenwürde kann aber im Verhältnis des Einzelnen zur Gemeinschaft, die nicht der Staat selbst zu sein braucht, eine Rolle spielen, da die Gemeinschaft, die auch die Rechtsform einer juristischen Person haben kann, diese nicht hat. Hier ist zunächst zu beachten, daß die Menschenwürde bildlich gesprochen nicht etwas homogenes, sondern vielschichtiges ist, und zwar so verstanden, daß sie sich in einer Vielzahl von Erscheinungsformen darstellt. Hierher gehören, um nur zwei Beispiele zu nennen, die körperliche Integrität eines jeden Individuums und das Erfordernis der Abhängigkeit einer Bestrafung von Verschulden. Welche Wesensschicht der Menschenwürde der Gesetzgeber durch eine Begünstigung oder Belastung nicht berücksichtigt hat, ergibt sich einzig und allein aus dem Inhalt der konkret vorliegenden Regelung und ist daher genau bestimmbar. Es ist einleuchtend, daß die Beurteilung der Frage, ob die spezielle Regelung gegen eine Erscheinungsform der Menschenwürde verstößt, nicht in die Hand eines der von ihr Betroffenen gelegt werden darf; denn aus allzu verständlichen Gründen wird jeder, der durch eine Vorschrift gegenüber einer Gemeinschaft belastet oder nicht begünstigt worden ist, sich letztlich in seiner Menschenwürde getroffen fühlen.

---

1) Wolff H.J., Gerechtigkeit S.115.
2) Dürig, Staatslexikon S.986; Geiger, Gleichheit S.171.
3) Wertenbruch, Staatslexikon S.66.

Ob dieses tatsächlich der Fall ist, kann deshalb nur von einer Instanz beurteilt werden, die der getroffenen Regelung uninteressiert gegenübersteht, was man dem Richter zugestehen kann, der selbst dann, wenn er von der Regelung betroffen wird, sich aufgrund seiner Schulung von persönlichen Motiven freizumachen vermag und so eine objektive Entscheidung fällen kann [1].

Ein Verstoß gegen eine Erscheinungsform der Menschenwürde kann auch nicht dadurch im Einzelfall für die Verletzung des Gleichheitssatzes bedeutungslos werden, weil die Regelung durch Interessen der Gemeinschaft gedeckt wird; denn da jede Gemeinschaft erst durch die einzelnen Menschen getragen wird und nicht umgekehrt, steht der Mensch mit seiner Würde über der Gemeinschaft [2], weshalb Menschenwürde auch gegenüber Interessen der Gemeinschaft den Vorrang hat [3].

Die anderen Wesensmerkmale wie etwa geistige oder wirtschaftliche Fähigkeiten sowie rechtliche Stellungen - die nicht zu den Erscheinungsformen der Menschenwürde gehören können, da sie nicht allen Menschen im selben Umfang gemein sind - können u.U. auch den Gemeinschaften zukommen, weshalb bei ihrer Abhandlung nicht mehr zwischen Individuen und Gemeinschaften unterschieden zu werden braucht.

abb) Entscheidende Wesensmerkmale

Schwieriger ist die Antwort auf die Frage, welche Besonderheiten zwischen mehreren Individuen nicht berücksichtigt sein müssen, um an Hand dessen eine unzulässige Gleich- oder Ungleichbehandlung nachweisen zu können; denn in diesem Bereich gibt es keinen absoluten Maßstab wie etwa die

---

1) Auf die Problematik, die sich aus der Stellung des Richters zur Beantwortung dieser Frage ergibt, ist später noch näher einzugehen, da sie an dieser Stelle den Zusammenhang zerreißen würde.

2) Im Ergebnis so auch Coing, S. 109, der aber vom Sittengesetz her zu dieser Frage kommt.

3) Anders ist es dagegen bezüglich der einzelnen Grundrechte. Aufgrund der Rechte, die den Menschen aus diesen zugewachsen sind, sind die Menschen auf die Gemeinschaft angewiesene Wesen. Hieraus und aus dem Gesichtspunkt, daß die Freiheitsrechte allen in gleicher Weise zustehen, folgt, daß die Grundrechte ihre Grenze an den Rechten der Gemeinschaft und den Rechten des Nächsten finden. (Geiger, Staatslexikon S.1126 f.). Jedoch muß bei der Verfolgung ihrer Zwecke die Gemeinschaft (der Staat)sich auf das Mindestmaß

Menschenwürde im Verhältnis zwischen Individuen und Gemeinschaften [1]. Hier hängt die Frage praktisch von einer Wertskala der einzelnen Wesensmerkmale ab, die nicht generell bestimmt werden kann; denn noch nicht jede Ungleichmässigkeit in den tatsächlichen Voraussetzungen rechtfertigt eine verschiedene rechtliche Behandlung; vielmehr müssen die Tatbestände, die eine rechtlich unterschiedliche Behandlung im Einzelfalle zulassen sollen, ganz besonderer Natur sein [2]. Es muß also hier eine Unterscheidung vorgenommen werden, die dem Wesen der gegebenen Unterschiede entspricht. Welche Wesensmerkmale der Gesetzgeber aber als nur nebensächlich bei den einzelnen Sachverhalten vernachlässigen darf und welche er als w e s e n t l i c h beachten muß, um zu einer Gleichheit dieser mit Rücksicht auf ein ihnen allen Gemeinsames zu gelangen, läßt sich nur sagen im Blick auf die konkrete Ordnung, die das Gesetz schaffen soll [3].

Demgegenüber vertritt SCHRÖDER [4] die Ansicht, daß man mit dem Begriff des W e s e n t l i c h e n bei der Beurteilung der Unterscheidungen nicht weiterkomme, da es dabei stets auf den Standpunkt des Urteilenden ankomme; denn aus den Vergleichsobjekten selbst ergebe sich nicht, daß etwa diese oder jene Merkmale als wesentlich angesehen werden müßten und daß sie die allein und stets wesentlichen sein müßten.

Wie sich aus dem letzten Teil dieses Satzes und aus den weiteren Untersuchungen Schröders ergibt [5], lehnt er den Begriff des Wesentlichen nur soweit ab, als der Begriff einen einheitlichen, für alle Fälle gleichbleibenden Inhalt zu haben scheint. Insoweit besteht kein Gegensatz. Soweit SCHRÖDER aber die Wesentlichkeit auch im Einzelfall durch den jeweiligen Standpunkt des Urteilenden bestimmt wissen

---

1) Damit ist aber für das Verhältnis Individium-Gemeinschaft nur die äußerste Grenze der Abstraktion festgelegt. In allen übrigen Fällen besteht die gleiche Problematik wie zwischen den einzelnen Individuen.
2) Leibholz, Gleichheit S.48.
3) Geiger, Gleichheit S.176 f.; Knöpfel NJW 6o/553; Leisner S.358; Paulick S.1o6.
4) Schröder S.128. So auch Ipsen, Gleichheit S.157; Zeidler S.5, nach denen der Gesetzgeber bestimmt, was gleich ist.
5) Schröder S.129; 188; 241

will, ist ihm nicht zu folgen. Auf diese Weise könnte nämlich im Grunde jedes Wesensmerkmal für das wesentliche angesehen werden. Richtiger gesagt richtet sich die Wesentlichkeit nach den Eigengesetzlichkeiten der zu regelnden Materie und dem damit in Zusammenhang stehenden Sinn und Zweck der Regelung [1].

Folglich kann man nicht als allgemeinverbindlichen Grundsatz die Forderung aufstellen, daß geistige Arbeit höher zu bewerten sei als körperliche oder das durch eigenen Fleiß und persönlichen Einsatz erworbene Vermögen mehr geschützt werden müsse, als etwa das durch Schenkung oder Erbgang erhaltene, und die durch diese Eigenschaft bezw. Urheberschaft begründeten Wesensmerkmale der Individuen unterschiedlichen Wertes seien. Entscheidend ist auch hier der Sinn und Zweck des konkreten Gesetzes [2]. Aus diesem ergeben sich die Maßstäbe für die Werteinstufung der einzelnen Wesensmerkmale. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß kein Gesetz gegen den Gleichheitssatz verstoßen kann. Zwar bestimmt der Gesetzgeber den Sinn und Zweck, der, von welcher Seite man ihn betrachtet, zunächst einmal verschieden sein kann, aber als Einschränkungselement besteht hier das Gerechtigkeitsprinzip, an das auch der Gesetzgeber gebunden ist. Was im Einzelfalle gerecht oder ungerecht ist, ist ebenso wie bei der Werteinstufung der Wesensmerkmale nicht generell zu bestimmen. Dieses richtet sich auch hier nach der Art der zu regelnden Materie [3] mit ihren Eigengesetzlichkeiten, die auch dem Gesetzgeber vorgegeben ist. Hier ist eine Wertung erforderlich; denn weil die gleichzu-

---

1) Die Auffassung von Maunz (Rechtsgutachten S.13 f.), daß, sobald sich zeigt, daß zwei Tatbestände in irgendeiner Hinsicht ungleich sind, dann für den Gesetzgeber die Pflicht zur Gleichstellung oder Gleichbehandlung entfalle, mögen auch die Tatbestände in mancher Hinsicht gleich sein, ist in dieser Allgemeinheit mindestens ungenau, da es stets auf die Wesentlichkeit ankommt.

2) Denn die Gesetzgebung bringt in ihren Bestimmungen zum Ausdruck, was sein soll. Es werden daher mit ihr immer bestimmte Zwecke verfolgt (Spitaler S.15o). Durch diese sind dann mehr oder minder bedingt, welche Vergleiche dem Gesetzgeber bei der von ihm getroffenen Unterscheidung vorgeschwebt haben, mit welchen anderen Personen und Personengruppen er die von der Unterscheidung erfaßten Personen verglichen hat und mit welchen nicht sowie welche Lebensumstände, Zusammenhänge und Rechtsverhältnisse für die gesetzgeberischen Erwägungen eine Rolle gespielt haben

behandelnden Tatbestände wesentlich gleich sein müssen, damit sie gleichbehandelt werden können und müssen, kann die Anwendung des Gleichheitssatzes nicht vollzogen werden ohne eine Wertung der konkreten Situation, auf die er bezogen wird [1]. Durch diese notwendige Wertung wird aber keine Unsicherheit in den Gebrauch des Gleichheitssatzes eingeführt [2], da diese nicht freischöpferisch, d.h. ohne nähere Anhaltspunkte erfolgt. Diese Wertung ist vielmehr das Erkennen der jeweiligen Eigengesetzlichkeiten und die Schlußfolgerungen daraus, bezogen auf den Sinn und Zweck der zu erlassenden Vorschrift; diese lassen sich jeweils objektiv feststellen [3].

Da die Gleichheit die justitia distributiva, die austeilende Gerechtigkeit, verwirklicht, ist innerhalb des Verhältnisses der Gemeinschaft zum Einzelnen sowohl das bonum commune, das überwiegende Interesse der Gemeinschaft, wie auch das dem Einzelnen zukommende bedeutsam [4]. Was aber im konkreten Fall das Übergewicht hat, kann der Gesetzgeber nicht frei entscheiden, sondern dieses richtet sich nach der Art der zu regelnden Materie. Das staatliche Leben muß bestimmt sein von demokratischen und rechtsstaatlichen Grundprinzipien und jenen liberalen Grundsätzen, die der Demokratie ihr westliches Gepräge geben. Diese besteht darin, daß der Mensch im Mittelpunkt der staatlichen Ordnung steht [5].

---

3) Forts.v.Seite 1o1:
Während der Sinn und Zweck vom Gesetz her betrachtet auf den zu regelnden Sachverhalt verweist, ist die Art der zu regelnden Materie seine Ursubstanz selbst.

---

1) Geiger, Grundrechte S.34; ders.Gleichheit S.171; Nawiasky (3) S.4o.
2) So Curti S.8: Je nach dem Subjekt des Urteils wird die Betonung der Merkmale mit Rücksicht auf ihre Wesentlichkeit eine verschiedene sein. Ebenso Kef S.38.
3) Vergl. dazu Leisner S.358; Wolff H.J., Gerechtigkeit S.1o7. Wolff untersucht dieses Problem im Zusammenhang mit der Zwecksetzung durch Auswahl und Herbeiführung von Mitteln. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, daß es bei hinreichender Kenntnis des konkreten Menschen und seiner Lebenssituation feststellbar ist, was diesem objektiv zuträglich ist.
4) Nipperdey, Bundesverfassungsgericht S.43.
5) Siehe S. 49 (dc).

Nun ist auch für diesen Fall einleuchtend, daß die Frage, ob die Wesensmerkmale unter Berücksichtigung des Gerechtigkeitsprinzips wertmäßig richtig oder unrichtig eingestuft worden sind, nicht von einem durch die Regelung Betroffenen beantwortet werden kann, sondern diese Antwort nur durch den Richter erfolgen kann, der der Vorschrift uninteressiert gegenübersteht.

b) Umfang sowie Art und Weise des Eingriffs

Neben den B e s o n d e r h e i t e n, deren Berücksichtigung sich nach dem jeweiligen Wertrang der Wesensmerkmale unter Beachtung des Gerechtigkeitsprinzips richtet, verlangt die Gleichheit noch eine Begünstigung oder Belastung in demselben Umfang und derselben Art und Weise. Diese Begriffe, die zunächst auch wenig greifbar erscheinen, erlangen wiederum Gestalt durch den konkreten Fall und das durch die Art der zu regelnden Materie bestimmte Gerechtigkeitsprinzip.
Die Begriffe U m f a n g und A r t u n d W e i s e sind zwar nicht synonym zu verstehen, aber sie können dennoch zusammen behandelt werden, da sie die eigentlichen Richtlinien für die Gleichbehandlung sind; nachdem im Anschluß an die Feststellung der Besonderheiten das tertium comparationis bestimmt worden ist, regeln sie, in welcher Weise die Vorschrift im einzelnen zu verfahren hat.
Als Richtlinien für die Gleichbehandlung sind sie an die das Gerechtigkeitsprinzip allein verwirklichende geometrische Gleichheit gebunden. Diese enthält nicht eine eindeutige Forderung, wie etwa die arithmetische Gleichheit, sondern schafft praktisch einen Spielraum zwischen einem rein schematischen und einem rein proportionalen Brennpunkt, wobei die Grenze zwischen diesen beiden fließend ist [1]. Nach welchem Brennpunkt hin sich die betreffende Regelung zu orientieren hat, fällt nicht unter die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers, sondern richtet sich allein nach dem Gerechtigkeitsprinzip, das wiederum durch die Art der betreffenden Materie Gestalt gewinnt [1].

---

1) Vergl. S.45

In welcher Form das Gerechtigkeitsprinzip im Einzelfall maßgebend ist, kann, wie sich bei der Untersuchung des Begriffs der Besonderheit gezeigt hat, zweckmäßigerweise nicht von einem, der durch das Gesetz betroffen ist oder es erlassen hat, endgültig und abschließend beurteilt werden, sondern diese Entscheidung kann allein in die Hand des an dem Inhalt des Gesetzes uninteressierten Richters gelegt werden [2].

c) Handlungsfreiheit des Gesetzgebers

In diesem Zusammenhang taucht die Frage auf, ob dem Gesetzgeber nach diesen Grundsätzen überhaupt eine Handlungsfreiheit zusteht. Da es der Gesetzgeber ist, dem die Verfassung den Auftrag zur Rechtsgestaltung und Ausformung der Gerechtigkeit gegeben hat, muß ihm eine Handlungsfreiheit eingeräumt werden. Zweifelhaft ist nur, ob diese Freiheit bei allen [3] oder nur bei einzelnen Entscheidungsphasen besteht. Nach GEIGER [4] entscheidet der Gesetzgeber frei über das O b, W a n n und W i e: ob er überhaupt einen Sachverhalt ordnen will und zu welchem Zeitpunkt, mit welchem Ziel er an die Aufgabe herangehen will, auf welchem Weg dieses Ziel erreicht werden soll und nach welchen übergreifenden Gesichtspunkten die Regelung getroffen werden soll.

---

1) Der Gleichheitssatz enthält einen Rechts- oder besser Rechtsbegriffsspielraum. Um das Grundrecht der Gleichheit in die Wirklichkeit umzusetzen, hat der Richter diesen auszufüllen. Prüfungsmaßstäbe sind das Minimum: Gleichheit im Rechtsminimum, Rechtsgleichheit im Seins-, Existenz- und Freiheitsminimum. Küchenhoff JR 59/283 r.Sp.

2) Hiermit stimmt im Grunde auch die Auffassung Westermanns S. 25 f. überein, der aus der Gegenüberstellung der notwendigen Vergleichspaare die Möglichkeit objektiver Entscheidungen herleitet.

3) So z.B.Fuss JZ 59/331; Geiger, Gleichheit S.174; Kaufmann (9) S.1o f.

4) Geiger, Gleichheit S.174.

Ob der Gesetzgeber einen Sachverhalt regeln soll und zu welchem Zeitpunkt dieses zu geschehen hat, wird ihm abgesehen von den Fällen, die ihm durch die Verfassung vorgeschrieben sind oder in denen er sich durch eine Teilregelung bereits selbst gebunden hat, freigestellt sein. Hierbei handelt es sich um eine politische Entscheidung, mit der eine Handlungsfreiheit wesensnotwendig verbunden ist [1]. Anders verhält es sich aber bei den Fragen, mit welchem Ziel er an die Aufgabe herangehen, wie dieses erreicht und nach welchen übergreifenden Gesichtspunkten die Regelung getroffen werden soll; denn hierbei steht der Gesetzgeber bildlich gesprochen der jeweiligen Materie nicht mehr unbeteiligt gegenüber, sondern mitten in ihr. Er kann infolgedessen auch nicht mehr frei schalten und walten, sondern ist dabei an ihre Eigengesetzlichkeiten sowie an die Verpflichtung gebunden, die allein gerechte Lösung zu treffen [2]. Dabei muß er zwei Bereiche gleichzeitig beachten: einmal den der betreffenden Regelung verwandten, d.h. wenn er z.B. eine Regelung für den Beruf der Bäcker trifft, ob er diese dann nicht auch auf den der Metzger und die übrigen Handwerkszweige ausdehnen muß, zum anderen auf den engeren Bereich der Regelung, d.h. alle Sachverhalte, die der betreffenden Vorschrift unterfallen [3].
Das BVerfG versteht unter der Handlungsfreiheit "Ermessen" die Freiheit des Gesetzgebers, bei der Suche nach dem

---

1) Drath (9) S.65.
2) So im Ergebnis auch v.Kraus S.69; Hamann, Komm.Einf. I D 7 a 3; ders. NJW 57/3. Der erste sieht eine Handlungsfreiheit (Ermessen) mit dem Wesen eines subjektiven öffentlichen Rechtes unvereinbar, während der letzte dieses wegen des nach seiner Auffassung überpositiven Charakter des Gleichheitssatzes verneint.
3) Nach dem GG steht jegliches Tun und Lassen auch des Gesetzgebers unter den Verfassungsnormen. Gesteht man einem Gewaltenträger einen wertfreien verfassungsneutralen Wirkungsbereich zu, so wird damit gleichzeitig Tür und Tor für die Unterwanderung der grundgesetzlichen Wertordnung geöffnet. Müller FR 61/5o.

gemeinsamen tertium comparationis, den Wert der einzelnen Wesensmerkmale zu bestimmen oder bei einer Vorschrift den Umfang sowie die Art und Weise der Begünstigung oder Belastung zu regeln. Diese Ansicht steht im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht: nicht die Handlungsfreiheit gelte hier, sondern das Gerechtigkeitsprinzip, das durch die Art der zu regelnden Materie bestimmt wird und die Handlungsfreiheit gerade ausschließt, wobei indirekt behauptet worden ist, daß das Gerechtigkeitsprinzip eindeutig zu bestimmen ist. Denn die Begriffe G l e i c h h e i t und G e r e c h t i g k e i t sind keine Ermessensbegriffe, in deren Bereich nur das durch die Pflichtmässigkeit begrenzte subjektive Dafürhalten entscheidet. Sie sind vielmehr Rechtsbegriffe, in deren Rahmen es um die Entscheidung an Hand objektiver Wertmaßstäbe geht. Vergleichbar mit den unbestimmten Rechtsbegriffen im Verwaltungsrecht ist die "Freiheit" des Gesetzgebers durch objektive Kriterien begrenzt [1]. Wenn man sich von der reinen Theorie der Praxis zuwendet, scheint diese Behauptung widerlegt zu sein. Zunächst wird man immer wieder feststellen, daß das Gerechtigkeitsempfinden nicht bei allen Menschen im gleichen Umfang ausgeprägt und ausgebildet ist und daß deshalb auch bei dem aus den einzelnen Abgeordneten bestehenden Gesetzgeber keine Einheit in dieser Hinsicht bestehen kann; ferner wird in den Gesetzgebungsgremien notwendigerweise mit Mehrheiten gearbeitet, die in der Regel auf Kompromissen zwischen einzelnen verschiedenen politischen Gruppen beruhen. Ist damit nicht nachgewiesen, daß aufgrund der verschiedenen Gerechtigkeitsempfindungen und ebenfalls notwendigen Kompromisse sich auch aus der Art der konkret zu regelnden Materie die Gerechtigkeit nicht eindeutig bestimmen läßt, der Gesetzgeber also frei handeln können muß? Jedoch nicht völlig frei ist, sondern an gewisse, wenn auch nur äußerste Grenzen der Gerechtigkeit gebunden ist, wie sie etwa im allgemeinen Volksempfinden lebendig sind? Man wird diesem weder zustimmen können noch dürfen. Wie überall ist

---

1) Vergl. Hamann NJW 57/4; Huber DöV 56/174 f.

auch hier nicht zu bezweifeln, daß nicht ein Abgeordneter ein gleich ausgeprägtes Gerechtigkeitsempfinden hat wie der andere. Das kann man auch nicht erwarten, da neben der natürlichen Veranlagung auch die jeweilige Schulung eine entscheidende Rolle spielt. Dieses unterschiedliche Empfinden, das in einem Parlament, das sich unter normalen Umständen aus allen Schichten eines Volkes zusammensetzt, unübersehbar ist, kann aber im Grunde dadurch ausgeglichen werden, daß der einzelne Abgeordnete über den Gesetzentwurf nicht ohne Fühlungnahme mit anderen Meinungen entscheiden muß. Vielmehr setzt in den Ausschüssen und Plenarsitzungen ein Ringen ein, um die gemäß der Art der Materie allen gerecht werdende Lösung zu finden. Hierbei hat auch der mit einem weniger ausgeprägten Gerechtigkeitsempfinden die Möglichkeit, durch das Kennenlernen anderer Auffassungen und Gesichtspunkte der allein gerechten Auffassung näher zu kommen. Man kann nun nicht sagen, daß derjenige, der nicht das menschlich erreichbare Höchstmaß der Gerechtigkeit empfindet, zwar nicht die absolute, aber doch eine mögliche Gerechtigkeitsart vertritt und die Abstimmung im Grunde nur darüber entscheidet, welche der möglichen Gerechtigkeitsformen verwirklicht werden soll. Bei der Abstimmung wird die Mehrheit vielmehr deshalb dem Gesetzentwurf zustimmen, weil sie ihre Auffassung im Vergleich mit der des Gegners für die richtigere , d.h. allein gerechte Lösung hält und der Gesetzgeber eben nicht eine von mehreren gleichmöglichen Lösungen anstrebt, sondern die vollkommenste zu erreichen sucht [1]. Ob ihm dieses dann tatsächlich gelungen ist, wird sich endgültig bei der Anwendung des Gesetzes

---

1) Zwar sind die Interessenlagen mancherlei Beurteilung fähig - aber eine wird doch im allgemeinen nur als gerecht empfunden. Zwar wandeln sich die Zeiten und Bedürfnisse, aber das ändert nichts an der Erkenntnis, daß im konkreten Augenblick nur eine Haltung als begründet erscheinen wird. Endlich können konkrete Rechtslagen von verschiedenen Ausgangspunkten aus erfaßt werden. Aber von diesen Ausgangspunkten läßt sich doch nur einer als wesentlich bezeichnen. Horstein-Marx S.43.

herausstellen und anhand der vorgebrachten Beschwerden vom BVerfG entschieden werden können.
Frage ist nun weiter, ob nicht bei einem Kompromiß neben zwei möglichen sogenannten gerechten Lösungen, die jeweils von einer der Parteien vertreten werden, noch eine dritte, nämlich die Kompromißlösung, tritt und hier eine Handlungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Auswahl einer der gerechten Lösungen besteht. Das ist ebenfalls zu verneinen; denn der Gesetzgeber kann bei einem Kompromißvorschlag nur noch zwischen dem ursprünglichen Vorschlag und dem Kompromiß wählen, wobei Maßstab seine Vorstellung von der allein gerechten Lösung ist. Jeder echte Kompromiß zeigt im Grunde, daß die Abgeordneten Bereiche, die durch die Art der zu regelnden Materie betroffen werden, überhaupt nicht oder zumindest nicht genügend anfangs bedacht hat und der erste Vorschlag deshalb eben nicht der allein g e r e c h t e war.
Gegen die Formel vom gesetzgeberischen Ermessen im Sinne des BVerfG läßt sich noch einwenden, daß man nicht erkennen kann, wo jene äußersten Grenzen verlaufen, die das Gericht bei seiner Nachprüfung beachten muß. Der Verlauf ist nur dort gewiß, wo völlig sinn- und zwecklose Unterscheidungen anstehen. Dieser Extremfall ist aber, wie IPSEN [1] festgestellt hat, im Hinblick auf das demokratische und bundesstaatliche Rechtsetzungsverfahren mit seinen zahlreichen Korrekturmöglichkeiten uninteressant. Es sind vielmehr die Grenzfälle, die einer Lösung bedürfen, was durch eine Beurteilung an Hand des Gerechtigkeitsprinzips möglich ist.

---

1) Ipsen, Gleichheit S.166; ebenso Fuss JZ 59/331; Küchenhoff JR 59/282 1.Sp.

d) Willkürverbot [1]

Nach LEIBHOLZ und der sich daran anschließenden herrschenden Lehre und Rechtsprechung steht die Willkür in einem quantitativen Verhältnis zum unrichtigen Recht d.h.zur Ungerechtigkeit [2]. Auch aus der Verbindung dieses so verstandenen Willkürbegriffes mit einem konkreten Fall läßt sich der Inhalt der Willkür nicht eindeutig festlegen, da die von LEIBHOLZ zur näheren Bestimmung von außen hinzugezogenen Merkmale: Volksempfinden und ernsthafte Diskussionsfähigkeit über den Gerechtigkeitsgehalt [3] selbst nichts Eindeutiges für eine Begriffsbestimmung hergeben. Ein Versuch mit den von LEIBHOLZ gebrauchten Merkmalen würde alsbald zeigen, daß praktisch in allen Fällen die Frage der Rechtsgleichheit bejaht werden müßte [4]; denn das Volksempfinden zu einer konkreten Frage, oder wann eine Diskussion noch ernsthaft ist und wann nicht mehr, läßt sich mit Sicherheit nicht feststellen.
Aus der Übernahme dieses so verstandenen Willkürbegriffs durch die Rechtsprechung folgt wohl auch, daß die meisten der auf Art. 3 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerden keinen Erfolg haben können.

2d) Schlußfolgerung

Aufgrund dieser Überlegungen kann eine Verletzung der Gleichheit wie folgt umschrieben werden: Sie ist die Nichtbeachtung der Besonderheiten der einzelnen Individuen und der ihnen gleichgestellten Personengruppen bei der Ermittlung des Vergleichstatbestandes, dessen Berücksichtigung sich nach dem jeweiligen Wertrang der Wesensmerkmale unter Beachtung des Gerechtigkeitsprinzips richtet. Ferner ist sie die Nichtbeachtung der nach Umfang sowie Art und Weise aufgrund des Gerechtigkeitsprinzips gebotenen gleichmäßigen Begünstigung oder Belastung der von der Regelung Betroffenen. Diese Begriffe können entsprechend dem Wesen der Gleichheit nur in Verbindung mit einer bestimmten Materie greifbare Formen annehmen [5].

---

1) Nachdem (vergl. S.72 ff) im einzelnen festgestellt worden ist, daß durch den Begriff des Willkürverbotes kein allgemeines und fest umgrenztes Merkmal einer Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes gewonnen ist, soll wegen des üblichen Gebrauchs des Willkürverbotes innerhalb des 11. Unterabschnittes noch geprüft werden, ob sich aus der Verbindung des Willkürbegriffes mit einem konkreten Fall eindeutig bestimmen läßt, wann der allgemeine Gleichheitssatz verletzt ist und wann nicht.

II. Wahlgleichheit

1. Rechtsprechung des BVerfG

Auf dem Gebiet der Wahlgleichheit hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen den Standpunkt eingenommen, daß der Gesetzgeber den Gleichheitssatz verletze, wenn er den eng bemessenen Ermessensspielraum für Unterscheidungen überschreite [1]; ferner sei es eine Forderung der Gerechtigkeit, daß bei der Verhältniswahl jede Stimme grundsätzlich den gleichen Erfolgswert habe [2].

2. Kritische Stellungnahme

Gegen diese Aussage ist einzuwenden, daß es, von dem oben [3] untersuchten Ermessensbegriff her gesehen, einen derartigen Spielraum des Gesetzgebers nicht geben kann. Aber auch eine an die Stelle dieses Begriffs gesetzte Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit besteht im Rahmen der Unterscheidungen nicht. Unterschieden wird auf dem Gebiet der Wahlgesetzgebung bei einer Regelung ebenso wie auf anderen Rechtsgebieten zwischen den einzelnen Wesensmerkmalen der Individuen und der ihnen gleichgestellten Personenvereinigungen, um zu einem gemeinsamen tertium comparationis zu gelangen, bezüglich dessen sie gleichbehandelt werden sollen. An welches Merkmal dabei angeknüpft werden soll, kann der Gesetzgeber weder innerhalb eines weit noch eines eng bemessenen Rahmens frei entscheiden. Die Entscheidung wird vielmehr durch das Gerechtigkeitsprinzip bestimmt, das auf dem Gebiet der Wahlgesetzgebung eine Anknüpfung bei Individuen (bezüglich des aktiven Wahlrechts) an die Erreichung der vollen Geschäftsfähigkeit und Verantwortlichkeit und bei den politischen Parteien und den ihnen gleichgestellten Personenvereinigungen an das ernsthafte Bemühen um politische Betätigung verlangt [4].

---

3) Horts. v.S. 1o9: Leibholz DVBl 51/196; ders.Gleichheit S.77.
4) Jerusalem NJW 52/48.
5) Die im Anschluß hieran notwendig werdende Gegenüberstellung mit den Begriffen des BVerfG soll, soweit dieses noch nicht geschehen ist, im Zusammenhang mit den erläuternden Entscheidungen erfolgen.

---

1) BVerfGE: 1/2o8 (249); 4/375 (382); 6/84 (94); 6/1o4 (12o); 8/51 (64); 11/266 (272); 11/351 (361); 12/1o (25).
2) BVerfGE: 1/2o8 (236, 248); 4/31 (4o); 5/77 (83); 6/84 (9o); 6/1o4 (111); 7/63 (7o); 11/351 (362); NJW 61/2o11.
3) Siehe S. 69 ff.
4) Hesse (17) S.38; so auch BVerfGE: 1/2o8 (249); 3/19 (26); 3/383 (394); 4/375 (384); 5/77 (81); 7/99 (1o7).

Dabei können entsprechend der Art der zu regelnden Materie besonders bei den politischen Parteien und Wählergemeinschaften noch andere Wesensmerkmale als entscheidende gefordert werden: So etwa, um ein arbeitsfähiges Parlament zu bekommen, den Nachweis einer gewissen Anhängerschaft durch ein Unterschriftenquorum oder eine 5% - Klausel.

Frage ist, wie weit dieses mit dem vom Gleichheitssatz partiell konkretisierten Gerechtigkeitsprinzip zu vereinbaren ist. Bezüglich des Unterschriftenquorums können lediglich die Wählervereinigungen als solche in ihrem Verhältnis zu den politischen Parteien betroffen sein. Um über einen Vergleich mit diesen anzustellen, verlangt die Gerechtigkeit, daß die Wählervereinigungen keine politischen Zufallsbildungen sein dürfen, sondern sich um eine ernsthafte politische Betätigung bemühen, was sie durch eine bestimmte Anhängerschaft aufgrund des erbrachten Quorums nachweisen können. Hierdurch wird auch nicht der Erfolgswert der einzelnen Wählerstimmen berührt, da die einzelnen Wähler dadurch vor Stimmverlusten geschützt werden. Das wäre die Folge, wenn sie bei einer 5%-Klausel ihre Stimme einer von vornherein aussichtslosen Partei geben würden [1]. Dabei ist unterstellt, daß eine 5%-Klausel mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren ist. Ob dieses tatsächlich der Fall ist, soll im folgenden untersucht werden.

Die 5% - Klausel hat zur Folge, daß bei der Verhältniswahl - bei der reinen Mehrheitswahl kann der gleiche Erfolgswert der Stimmen nur als gleiche M ö g l i c h k e i t des Erfolges verstanden werden - die Stimmen wertlos werden, die sich auf Parteien beziehen, die die 5% - Klausel nicht erfüllt haben. Hierin liegt eine Beeinträchtigung der Stimmen; man kann einen Vergleich dieser Stimmen mit denen, die auf Parteien entfallen, die mehr als 5% der abgegebenen Stimmen bekommen haben, nicht mit der Begründung ausschließen, daß die

---

1) Vergl. Westerath S.15; ebenso z.B. BVerfGE: 12/132 (134).

nicht zu berücksichtigenden Stimmen den ungültig abgegebenen gleichzustellen seien. Im Unterschied zu diesen ist die Nichtberücksichtigung nicht in der Person des jeweils Wählenden begründet, sondern in der Partei, die nicht genügend Stimmen erringt. Darauf hat aber der einzelne Wähler für sich genommen keinen Einfluß. Nun wäre es aber unhaltbar, daraus den Schluß zu ziehen, daß die 5%-Klausel unzulässig sei, weil die Parlamente ein getreues Spiegelbild der Wählerstimmen darstellen müßten; denn auf diese Weise kann es geschehen, daß eine Minderheit im Rahmen der parlamentarischen Tätigkeit eine Machtstellung erlangt, die in keinem Verhältnis zu ihrer zahlenmäßigen Anhängerschaft steht.

Eine Lösung dieses Problems ergibt sich allein aus der Gerechtigkeit, soweit sie die Forderung enthält, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt würden. Im Verhältnis des Anspruchs des Einzelnen auf den gleichen Erfolgswert seiner Stimme steht in diesem Fall nicht der entsprechende Anspruch der übrigen Wähler, sondern das Verlangen der Gesamtheit der Individuen nach einem arbeitsfähigen Parlament. Dieses Interesse ist als objektiv wertvoller gegenüber dem Einzelinteresse anzusehen. Ob die Grenze bei 5,4 oder 3% liegt, ist keine Frage der Gleichbehandlung mehr, sondern eine politische Entscheidung, die vom Gesetzgeber frei getroffen werden kann [1].

Auch hinsichtlich des Umfangs sowie der Art und Weise, wie die bezüglich des tertium comparationis zusammengefaßten Fälle zu behandeln sind, gibt es keine enge oder weite Handlungsfreiheit des Gesetzgebers, nach der er sich für eine rein schematische, rein proportionale oder eine

---

1) Vergl. zum Ergebnis der Zulässigkeit: Federer S.31; Leibholz JW 29/30o42; Seifert DÖV 53/44; Seipel zit.bei Unkelbach S.219; Pohl S.388: soweit sie nicht gegen eine einzelne, sondern gegen alle kleinen Parteien gerichtet sind. Leibholz, Strukturprobleme S.5 stellt darauf ab, daß die Maßnahme auf vernünftigen und überzeugenden Erwägungen beruhen müsse, womit aber, wie bei den Kriterien der Verletzung des Gleichheitssatzes nachgewiesen, auch für den Einzelfall nichts Konkretes gesagt ist.

Zwischenstufe dieser Gleichheitsbegriffe frei entscheiden kann. Die Gleichheit richtet sich vielmehr auch hier nach dem Gerechtigkeitsprinzip, das sich aus der Art der zu regelnden Materie bestimmt. So verlangt z.B. das Gerechtigkeitsprinzip bezüglich des Umfangs der einzuräumenden Sendezeiten für Wahlpropaganda, daß die Bedeutung der jeweiligen Partei dabei berücksichtigt wird. Auch hier kann der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Gerechtigkeitsprinzips nicht von mehreren "gerechten" Möglichkeiten eine frei wählen, sondern er muß die allein gerechte wählen. Ob ihm dieses gelungen ist, wird sich bei einem evtl. Streitfall hinterher herausstellen.
Aus diesen Überlegungen ergibt sich, daß es für das Gebiet der Wahlgleichheit keine besonderen Verletzungsgrundsätze geben kann, vielmehr hier die entsprechenden Grundsätze der allgemeinen Gleichheit Anwendung finden, da die Besonderheiten innerhalb dieses Bereiches durch den jeweiligen Inhalt des Gerechtigkeitsprinzips berücksichtigt werden.

III. Steuergleichheit

1. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG ist der Meinung, daß der Gesetzgeber auf dem Sektor des Steuerrechts dann den Gleichheitssatz verletzt, wenn die getroffene Regelung nicht an dem Gedanken der Steuergerechtigkeit orientiert ist und nicht der Verwirklichung dieses Zieles dient [1].

2. Kritische Stellungnahme

Auch in dieser Entscheidung und zwar in dem voraufgehenden Satz nennt das BVerfG, ebenso wie in den Entscheidungen zur allgemeinen Gleichheit, als grundsätzliches Verletzungsmoment die w i l l k ü r l i c h e unterschiedliche Behandlung von gleichen Tatbeständen. Es ist damit die

---

1) BVerfGE: 9/3 (1o).

Grenze für Unterscheidungen auf der Suche nach dem gemeinsamen tertium comparationis angesprochen, bezüglich dessen die zusammenzufassenden Personen bezw. Personenvereinigungen gleich behandelt werden sollen. Diese Willkür wird dann mit dem Grundsatz der Steuergerechtigkeit näher umschrieben. Diese Meinung stimmt abgesehen von dem quantitativen Unterschied zwischen Willkür und Ungerechtigkeit, der mangels Bestimmtheit der Grenze abzulehnen ist, mit den Grundsätzen überein, wie sie in dieser Untersuchung zur allgemeinen Gleichheit entwickelt wurden: Welchem Wesensmerkmal der Individuen und der ihnen gleichgestellten Personenvereinigungen eine größere Bedeutung zukommt, richtet sich allein nach dem Gerechtigkeitsprinzip, das seine nähere Ausdeutung durch die Art der zu regelnden Materie erhält. Diese Materie ist nicht das Steuerrecht, das noch zu vielschichtig ist und deshalb das Gerechtigkeitsprinzip noch zu wenig zu konkretisieren vermag, sondern das ganz spezielle Steuergebiet, denn ob die einzelne Anordnung mit dem in der Wahl des Steuersystems sich ausprägenden Grundgedanken kollidiert, läßt sich nur entscheiden, wenn man jeweils die gesetzliche Ausgestaltung einer Abgabe im ganzen auf den sie tragenden Grundgedanken hin betrachtet [1]. Dabei müssen gerade im Steuerrecht, das die unterschiedlichsten Gruppen erfasst, u.U. mehrere Gruppen gleichzeitig berücksichtigt und die Regelung auf alle abgestimmt werden. Nun kann man aber nicht mit HANRAETS [2] eine aus der Sicht einer Gruppe als mit der Gerechtigkeit unvereinbar erscheinende Regelung damit entschuldigen, daß der Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Patentlösung für die beste und gerechteste Lösung nicht in Händen habe; denn mindestens soweit es um die Gleichbehandlung aller Betroffenen geht, muß er sich bemühen, die allein gerechte Lösung zu schaffen [3]. Dasselbe gilt dann auch für den Umfang

---

1) Rinck DVBl. 61/5.
2) Hanraets FR 61/48 f.
3) Vergl. dazu auch Spitaler S.146 f.

sowie die Art und Weise der zu regelnden Tatbestände [1) 2)].

BÜHLER-STRICKRODT [3)] sehen ebenso wie das BVerfG eine Verletzung der Steuergleichheit in einer willkürlichen Handlung des Gesetzgebers, wobei sie diese durch die Unvermeidbarkeit von Typisierungen einschränken. Hierdurch ist aber nichts neues gewonnen. Daß der Gesetzgeber und zwar nicht nur im Bereich des Steuerrechts, sondern ganz allgemein gewisse Typisierungen vornehmen muß, ist einleuchtend, da er Regelungen bis in die speziellsten Bereiche hinein nicht treffen kann. Dabei sind aber, auch in ganz geringem Umfange, Ungleichbehandlungen nicht zulässig, da auch im Rahmen dieser Typisierungen das Gerechtigkeitsprinzip allein ausschlaggebend ist. Soweit der Gesetzgeber wegen der Notwendigkeit dieser Typisierungen die Gerechtigkeit im Rahmen des Gleichbehandlungsangebotes nicht voll verwirklichen kann, muß er den vollziehenden Organen die Möglichkeit schaffen, für ihn das "Versäumte" nachzuholen [4)].

IV. Erläuternde Entscheidungen

1. Allgemeine Gleichheit

a) Tatsächliche Verschiedenheiten

Das BVerfG hat sich in zahlreichen Entscheidungen [5)] mit der Behandlung der tatsächlichen Verschiedenheiten beschäftigt. Das Ergebnis läßt sich in dem Satz zusammenfassen, daß tatsächliche Verschiedenheiten eine unterschiedliche

---

1) Ob das BVerfG den Begriff der Willkür nur als eine bewußte oder unbewußte Nichtbeachtung des Gerechtigkeitsprinzips auffaßt oder als etwas zusätzliches, soll im Zusammenhang mit den erläuternden Entscheidungen zur allgemeinen Gleichheit untersucht werden.

2) Ein absolut gültiger Maßstab dafür, welche Höhe die öffentlichen Lasten haben dürfen, um Anspruch auf Gerechtigkeit erheben zu können, läßt sich nicht finden (Paulick S.89 ff). Hiermit ist aber nichts gegen die Steuer-G l e i c h h e i t gesagt, sondern das ist eine Frage der Gerechtigkeit, soweit sie etwa durch die Sozialstaatlichkeit konkretisiert wird. Vergl. dazu auch Spitaler S.148.

3) Bühler-Strickrodt, Steuerrecht S.226.

4) Auf eine ausführliche Untersuchung dieses Gebietes muß in diesem Rahmen verzichtet werden.

5) BVerfGE: 3/58 (159); 3/187 (207); 3/288 (338); 4/193 (203); 5/22 (23); 6/121 (130); 6/132 (222); 7/89 (94); 7/155 (170); 9/73 (81); 9/223 (230).

Behandlung rechtfertigen.

Aus dieser Meinung ist im Grunde nichts zu entnehmen; denn was bedeutet tatsächliche Verschiedenheiten? Wie bei der Untersuchung des Inhalts des Gleichheitssatzes festgestellt wurde, sind die zu vergleichenden Individuen nie in allen Wesensmerkmalen gleich, sondern gerade in einer großen Anzahl verschieden. Als allgemeingültig kann dieser Satz daher nicht aufgestellt werden. Aber auch in Verbindung mit einer konkreten Regelung ist er nicht eindeutig. Auch hier kann man nicht allgemein sagen, daß tatsächliche Verschiedenheiten eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen; denn in jedem Falle kommt es darauf an, welche Bedeutung diesen Verschiedenheiten im Rahmen der einzelnen Wesensmerkmale zukommt. Dieser Satz kann deshalb nur für den Fall Gültigkeit haben, daß das Gerechtigkeitsprinzip eine weitere Abstrahierung auf der "Skala der Wesensmerkmale" verbietet, so daß für die Art der zu regelnden Materie keine Gemeinsamkeiten zwischen den Individuen bestehen, die in diesem Zusammenhang als wesentlich angesehen werden müßten. Bezüglich einer unterschiedlichen Behandlung dieser Verschiedenheiten können dann keine Bedenken mehr erhoben werden; denn wenn die tatsächlichen Verschiedenheiten gleich behandelt würden, würde es nicht zu einer Regelung gemäß dem Gleichheitsgebot, sondern gerade entgegen diesem kommen, da die Gleichbehandlung von Ungleichheiten ihrerseits zu Ungleichheiten führen würde [1], die vom Gerechtigkeitsprinzip dann nicht mehr gedeckt werden.

In zwei weiteren Entscheidungen hat das BVerfG [2] in diesem Zusammenhang den Satz aufgestellt, daß der Gesetzgeber Verschiedenheiten von verhältnismäßig geringfügiger Bedeutung vernachlässigen dürfe, ohne damit den Gleichheitssatz zu verletzen.

Daß dieser Satz, wenn überhaupt, dann nur in Verbindung mit einer konkreten Regelung Bedeutung erlangen kann, ergibt sich bereits aus dem Voraufgegangenen. Frage ist

---

1) so statt vieler Fleiner-Giacometti S.406.
2) BVerfGE: 1/264 (276); 7/305 (318).

nur, wann eine verhältnismäßig geringfügige Bedeutung der Verschiedenheiten gegeben ist. Die Gefahr einer rein subjektiven Beurteilung liegt hier für jeden Beurteiler nahe; denn objektive Grenzen dafür, wann etwas noch verhältnismäßig gering ist und wann nicht mehr, lassen sich auch für den Einzelfall nicht bestimmen, es sei denn durch das Gerechtigkeitsprinzip. Wenn aber zur Bestimmung dieser Verhältnismäßigkeit das Gerechtigkeitsprinzip bemüht werden muß, so ist damit zugleich gesagt, daß die Verhältnismäßigkeit in diesem Zusammenhang überflüssig ist; denn ob es sich bei den Kriterien um Verschiedenheiten handelt, die eine Gleichbehandlung ausschließen oder um Verschiedenheiten, die im Zuge der vorliegenden Regelung bedeutungslos sind, entscheidet sich nicht nach der verhältnismäßigen Bedeutung der Verschiedenheit(ergänze zu den "Nicht-Verschiedenheiten"), sondern einzig und allein nach dem Gerechtigkeitsprinzip.

In einer weiteren Entscheidung innerhalb dieses Rahmens hat das BVerfG [1)] die Meinung geäußert, daß tatsächlich vorgefundene Unterschiede beseitigt werden müßten, wenn sie mit dem Erfordernis der Gerechtigkeit unvereinbar seien.

Auch in diesem Satz ist im Grunde nichts wesentliches ausgesagt, wenn man den in dieser Untersuchung entwickelten Grundsatz für eine Verletzung des Gleichheitssatzes zum Ausgangspunkt nimmt. Die Forderung nach Beseitigung vorgefundener tatsächlicher Unterschiede kann doch nur so verstanden werden, daß an dieses Merkmal als tertium comparationis nicht angeknüpft werden darf, wenn es die Frage zu beantworten gilt, ob zwei Individuen gleich oder ungleich zu behandeln sind. Von einer Beseitigung im herkömmlichen Sinne kann dabei keine Rede sein. Zutreffend sieht dann auch das BVerfG die Gerechtigkeit als Maßstab für die Beurteilung an, ohne jedoch näher darauf einzugehen, woher diese ihre Ausdeutung erfährt.

---

1) BVerfGE: 3/58 (158).

b) Willkür

Neben den zahlreichen Entscheidungen, in denen das BVerfG den Willkürbegriff verwendet, ohne jedoch im einzelnen näher darzulegen, was es eigentlich darunter versteht, stehen zwei, in denen es in etwa eine nähere Erklärung gibt. Hiernach ist eine nicht ganz folgerichtige Handlung des Gesetzgebers keinesfalls willkürlich [1]; ebenso ist die Nichtvornahme von Unterscheidungen, die der Gesetzgeber nicht vornehmen darf, keine Willkür [2].

Es wird zunächst allgemein anerkannt, daß der Begriff der Willkür, auch objektiv verstanden, nicht materiell eindeutig zu bestimmen ist [3]. Soweit das BVerfG versucht hat, die Bestimmung durch negative Einschränkungen zu erreichen, bestehen erhebliche Bedenken, die sich zwar nicht auf den Versuch einer solchen Einschränkung beziehen, sondern auf die dabei vertretene Ansicht. Bedenken knüpfen sich hier an den Begriff: "nicht ganz konsequent". Was ist darunter zu verstehen? Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist etwas folgerichtig, das sich als uneingeschränkte Weiterentwicklung eines zuvor aufgestellten Grundsatzes darstellt. Ganz folgerichtig ist eine Handlung demnach dann, wenn sie diesen Grundsatz bezüglich sämtlicher Wesensmerkmale uneingeschränkt weiterentwickelt oder verwirklicht. Durch diese im Zusammenhang mit einer bestimmten Regelung faßbaren Kriterien ist aber noch nichts über den Willkürbegriff ausgesagt. Dieser liegt vielmehr nach der Meinung des BVerfG vor oder nicht vor, wenn eine Handlung nicht ganz folgerichtig ist, d.h. den Grundsatz nicht bezüglich sämtlicher Wesensmerkmale uneingeschränkt weiterentwickelt. Wo aber liegt die Grenze zwischen der nicht ganz folgerichtigen Handlung, die noch keine Willkür sein soll und der, die auch nach der Auffassung des BVerfG den Gleichheitssatz logischerweise verletzen muß (willkürlich sein muß)? Dieses hat das BVerfG nicht bestimmt und kann es auch nicht allgemein bestimmen, sondern allenfalls nur dann annehmen, wenn die Folgewidrigkeit

---

1) BVerfGE: 9/73 (81).
2) BVerfGE: 4/31 (42).
3) so z.B. Ipsen, Gleichheit S.151.

Härten hervorruft, die schlechterdings nicht mehr zu billigen sind. Es erscheint sehr zweifelhaft, ob mit einem so unbestimmbaren Begriff der Willkür gearbeitet werden muß, um dieses im Grunde nicht restlos befriedigende Ergebnis zu erreichen, bei dem man auch sogleich wieder die Frage stellen könnte, was s c h l e c h t e r d i n g s heißt.

Weiter kommt man auch hier nur mit dem Gerechtigkeitsprinzip, dessen Inhalt sich aus der jeweiligen Art der zu regelnden Materie ergibt. Eine "nicht ganz konsequente Handlung" ist jedoch für den Gesetzgeber nicht möglich, soweit er bei der Bewertung der einzelnen Wesensmerkmale der Individuen das gemeinsame tertium comparationis feststellt; denn in diesem Rahmen besteht noch kein Grundsatz, den er uneingeschränkt oder eingeschränkt weiterentwickeln muß. Anders liegt es aber bei dem Umfang oder der Art und Weise der Begünstigung oder Belastung. Innerhalb dieses Bereiches ist es denkbar, daß der Gesetzgeber einen allgemeinen Grundsatz aufstellt und im Anschluß daran Spezialregelungen trifft. Ein "nicht ganz konsequentes Handeln" des Gesetzgebers ist aber bei diesen Spezialregelungen nicht in sein Belieben oder seine Handlungsfreiheit gestellt. Dieses ist wegen des Gebotes der Gerechtigkeit - es gibt nur eine gerechte Lösung und nicht mehrere - nur zulässig, wenn in dem folgerichtigen Handeln nicht die allein gerechte Lösung liegen würde. Bevor jedoch eine in engen Grenzen verlaufende Folgewidrigkeit als die einzig gerechte Lösung angesehen wird, muß man zunächst prüfen, ob der allgemeine Grundsatz diese Forderung erfüllt. Ob die Nichtvornahme von Unterscheidungen, die der Gesetzgeber nach der Auffassung des Gerichts vornehmen darf, den Gleichheitssatz verletzt oder nicht, läßt sich anhand des Willkürbegriffs ebenfalls nicht bestimmen. Auch umgekehrt läßt sich daraus nicht der Inhalt des Willkürbegriffs bestimmen, weil in keinem Falle ein eindeutig feststehender Ausgangsgrund vorhanden ist. Im übrigen führt diese Ansicht des BVerfG zu der Frage der Handlungsfreiheit (Ermessensspielraum) des Gesetzgebers und kann deshalb im folgenden mit behandelt werden.

c) Handlungsfreiheit (Ermessensspielraum)

Zur Erläuterung des Ermessensspielraum (Handlungsfreiheit) hat das BVerfG in zwei Entscheidungen [1] ausgeführt, daß besonders bei einer rechtsgewährenden Regelung dem Gesetzgeber für die Auswahl des Personenkreises ein weiter Spielraum zur Verfügung stehe.

Dieser Auffassung des BVerfG kann nicht zugestimmt werden. Wie oben [2] bereits im einzelnen dargelegt, kann es im Rahmen des Gleichheitssatzes für den Gesetzgeber keinen Spielraum geben, innerhalb dessen er seine jeweiligen Entscheidungen treffen darf; denn der Spielraum würde voraussetzen, daß es mehrere mit dem Gleichheitssatz zu vereinbarende Regelungen gäbe. Das ist aber deshalb nicht denkbar, weil für die Auswahl des Personenkreises nur eine Lösung gerecht und damit richtig sein kann. An dieser Feststellung ändert sich auch dann nichts, wenn es sich um eine rechtsgewährende Regelung handelt. Bei der Auswahl des Personenkreises muß der Gesetzgeber ebenso wie bei belastenden Regelungen den Wertgrad der einzelnen Wesensmerkmale feststellen, an die er als tertium comparationis für die Auswahl des gleichzubehandelnden Personenkreises anschließen will. Hier gibt es für ihn aber nicht mehrere Möglichkeiten, sondern das Gerechtigkeitsprinzip, das den Inhalt der Gleichheitsforderung bestimmt, verlangt die (allein) gerechte Lösung zu treffen. Eine Gewährung über die Gerechtigkeit hinaus, die der Gnade entsprechen würde, steht dem Gesetzgeber nicht zu.

Damit ist auch durch die Nichtvornahme von angeblich zulässigen Unterscheidungen die Willkür nicht zu bestimmen, da eine Handlungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen der Gleichheit nicht besteht.

---

1) BVerfGE: 11/5o (56); 11/245 (253).
2) Siehe S. 69 ff.

Im Gegensatz zu dem grundsätzlich weiten Spielraum, den der Gesetzgeber nach der Meinung des BVerfG für seine Gestaltung besitzt, solange die Entscheidungen sachgerecht sind, hat das Gericht den Verordnungsgeber enger gebunden [1]. Das Gleichheitsgebot bedeutet für diesen, daß er im wohlverstandenen Sinne der ihm erteilten Ermächtigung zu handeln hat und zwar innerhalb der ihm jeweils aufgrund des Art. 8o Abs.1 GG gezogenen Grenzen. Soweit der Verordnungsgeber durch die ihm eingeräumte Befugnis in seiner Gestaltungsfreiheit begrenzt ist [2], kann man der Ansicht des BVerfG beitreten; denn indem sie im Hinblick auf Art. 3 Abs.1 GG die Grenzen des sonst unbeschränkten gesetzgeberischen "Ermessens" besonders eng zu ziehen und eine Unterscheidung nur zuzulassen beginnt, wenn ganz besondere Gründe sie als angemessen erscheinen lassen, ist sie zu begrüßen, da sich hierin eine Abkehr von dem bisherigen sogen. freien Ermessen anzubahnen scheint, das in Wirklichkeit nicht besteht. Soweit sie aber im Rahmen des Gleichheitssatzes eine Handlungsfreiheit innerhalb der Grenzen der Befugnis zuläßt, ist sie aus denselben Gründen wie beim Gesetzgeber abzulehnen.

d) Sachgerechte Regelung

Innerhalb dieses Bereiches hat das BVerfG zur Erläuterung in mehreren Entscheidungen erklärt [3], daß, wenn die Lösung mit dem Gleichheitssatz noch vereinbar sei, es nicht darauf ankomme, ob eine andere gerechter, vernünftiger gewesen oder dem Gleichheitssatz noch besser entsprochen hätte. Der Gleichheitssatz setze nur gewisse äußerste Grenzen, die erst überschritten würden, wenn für die gesetzliche Regelung sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar seien, so daß ihre Aufrechterhaltung einen Verstoß gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden darstellen würde.

---

1) BVerfGE: NJW 62/147.
2) Vergl. Schmidt-Bleibtreu DÖV 62/1o6.
3) BVerfGE: 3/162 (182); 4/144 (155); 11/1o5 (115); 11/245 (253).

Daß der Bereich der sachgerechten Regelung nicht allgemein näher bestimmt werden kann, ist bereits festgestellt worden. Es soll deshalb hier in Verbindung mit den Erläuterungen des Gerichts eine Untersuchung vor dem Hintergrund einer konkreten Regelung vorgenommen werden. Den Zugang zu der Meinung des BVerfG gewinnt man von dem zweiten Satz her, der besagt, wann der Gleichheitssatz verletzt sein soll. Hierbei taucht zunächst wieder der Begriff der äußersten Grenzen auf, bei deren Überschreitung eine Verletzung des Gleichheitssatzes vorliegen soll. Diese Grenze verläuft nach der Meinung des BVerfG dort, wo sachlich einleuchtende Gründe nicht mehr erkennbar sind. Damit stellt sich die Frage, was unter den sachlich einleuchtenden Gründen zu verstehen ist. Faßt man darunter die lange Skala von der zweckmäßigsten bis zur noch tragbaren Entscheidung, so gelangt man auf das Gebiet des rein Politischen. Ohne im Rahmen dieser Untersuchung in eine Einzelbetrachtung dieses Gebietes eintreten zu müssen, wird man allgemein sagen dürfen, daß im Bereich des Politischen eine beweglichere Handlungsweise vorherrscht und vorherrschen muß als etwa in dem des rein Rechtlichen. Aus diesem Grunde hat sich mit Recht GIESE [1] gegen eine sogen. sachgerechte Regelung gewandt, da hier praktisch eine entleerende Gefahr für das Gleichheitsprinzip liege; denn in einer folgerichtigen Verfolgung dieser Auffassung bleiben kaum noch Fälle einer Verletzung übrig, da sich durch eine geschickte Formulierung immer sachlich klingende Gründe nennen lassen. Damit würden aber sämtliche Maßstäbe entfallen. Eine so krasse Meinung vertritt aber anscheinend auch das BVerfG nicht; denn die sachlich einleuchtenden Gründe sollen hiernach durch das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden eingeschränkt werden. Hierdurch ist zwar eine Rückbeziehung auf das Gerechtigkeitsprinzip erfolgt, dessen Inhalt aber durch eine Weiterverfolgung dieser Gedankengänge nicht zwingend gewonnen werden kann. Die Frage stellt sich hier nach dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden. Dieses ist auch

---

1) Giese AöR n.F. Bd. 81 S. 1o8.

im Zusammenhang mit einer konkret zu regelnden Materie für die Arbeit des Gesetzgebers nicht nutzbar zu machen, da Empfindungen, ganz abgesehen von der Unmöglichkeit, sie jeweils festzustellen, bezüglich der Gleichbehandlung allenfalls durch eine bereits getroffene Regelung hervorgerufen werden können und nicht schon durch die Art der zu regelnden Materie selbst. Die Feststellung einer Verletzung bliebe deshalb allenfalls auf den Bereich der nachfolgenden Beurteilung beschränkt. Aber auch hier kann man dem Richter nicht Gefühle und Empfindungen an die Hand geben, selbst wenn sie durch einen konkreten Fall hervorgerufen sind; denn selbst wenn man sie ermitteln könnte, steht dabei immer noch nicht fest, ob diese Gerechtigkeitsempfindung auf allen sich aus der Art der zu regelnden Materie ergebenden Grundsätze beruht. Dieses mag zwar in einzelnen Fällen gegeben sein, wird aber grundsätzlich nicht unterstellt werden dürfen. Mit Bestimmtheit werden sich hiernach nur die gröbsten Verstöße nachweisen lassen. Für die Grenzfälle aber, die gerade einer Lösung bedürfen, läßt sich daraus nichts entnehmen. Aus dieser Erkenntnis heraus ist dann auch das Postulat der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers als Regulativ verständlich, das jedoch nach den entwickelten Grundsätzen nicht zu billigen ist.

Zu einem konkreten und faßbaren Ergebnis kommt man hier nur, wenn man unter den sachlich einleuchtenden Gründen die Wesensmerkmale versteht, die sich aus der Art der zu regelnden Materie ergeben. Was diese bezüglich der Gleichbehandlung fordern, ist auch für den Gesetzgeber erkennbar und nicht von Gefühlen oder Empfindungen abhängig. Diese muß er bei seiner Suche nach der allein gerechten Lösung zur Richtschnur seines Handelns erheben. Ob er die Wesensmerkmale dann gefunden hat, läßt sich später aufgrund eines Vergleichs zwischen diesen Wesensmerkmalen und den angeblichen Gleichheitssatzverletzungen feststellen.

Von dem Grundsatz her gesehen, daß es nur eine allein gerechte Lösung im Bereich des Gleichheitssatzes geben kann, ist auch der erste Satz des BVerfG abzulehnen, daß es für eine Lösung nicht darauf ankomme, ob eine andere als die

vom Gesetzgeber getroffene gerechter, vernünftiger gewesen wäre oder dem Gleichheitssatz noch besser entsprochen hätte [1].

Das Verdienst des BVerfG liegt darin, daß es die Aufmerksamkeit auf die sachgerechte Regelung, die Natur der Sache, d.h. das Wesen der zu regelnden Materie, als Beurteilungskriterium im Zusammenhang von Gleichheit und Gerechtigkeit gelenkt hat. Leider hat es aber diesen Gedanken nicht folgerichtig weitergeführt, sondern sich durch den nicht näher bestimmbaren Willkürbegriff zur Anerkennung eines Ermessensspielraumes verleiten lassen, der mit der Natur der Sache als Kriterium des Gerechtigkeitsprinzips nicht zu vereinbaren ist.

Innerhalb des großen Rahmens der sachgerechten Entscheidung hat das BVerfG weiter den Satz aufgestellt [2], daß die nur vorübergehende Schlechterstellung nicht gegen Art.3 Abs.1 GG verstoße. Darin können sich zwei Möglichkeiten verbergen, die beide in den angegebenen Entscheidungen enthalten sind. Die eine betrifft den Fall, daß der Gesetzgeber auf der Suche nach dem gemeinsamen tertium comparationis Wesensmerkmale von Individuen aus Flüchtigkeit oder mangelnder Sachkenntnis zunächst falsch bewertet hat und diese dann nachträglich in die Regelung aufnimmt; die andere, daß sich durch Zeitablauf oder durch andere äußere objektive Ereignisse andere Wesensmerkmale im Vergleich mit dem Zeitpunkt der Regelung an Wert gewinnen und zu einer Berücksichtigung des betreffenden Individuums führen. Da im ersten Fall bei der Auswahl der Individuen die allein gerechte Lösung nicht getroffen wurde, liegt hier eine Verletzung des Gleichheitssatzes vor. Diese wird nicht durch eine nachträg-

---

1) Daher ist auch die Auffassung Hanraets FR 61/48 abzulehnen, der den rechtspolitischen Raum als autonomen durch das GG geschützten Wirkungsbereich des Gesetzgebers ansieht, innerhalb dessen ihm nicht die Pflicht auferlegt werden könne, jeweils die rechtspolitisch und verfassungsrechtlich idealste Form der Gesetzgebung zu verwirklichen.

2) BVerfGE: 3/58 (159); 3/288 (348); 6/246 (255); 6/282 (289).

liche Aufnahme in den Kreis der betroffenen Individuen voll ausgeglichen, sondern die neu aufgenommenen müssen so gestellt werden, daß sie durch die erst nachträgliche Aufnahme keinen Schaden erleiden. Nur wenn das geschieht, verletzt eine sogen. vorübergehende Schlechterstellung den Gleichheitssatz nicht.- In dem zweiten Fall fehlt es überhaupt an einer vorübergehenden Schlechterstellung. Dieses Kriterium kann nur durch einen Vergleich zweier vergleichbarer Individuen festgestellt werden, die hinsichtlich eines bestimmten Vergleichsmerkmales gleich sind. An diesem fehlt es aber hier zunächst, da dieses erst später durch den Zeitablauf erreicht wird. Eine Rückbeziehung des neuen Zustandes auf den früheren ist nicht zulässig; deshalb brauchen in diesem Falle die neu aufgenommenen auch nicht so gestellt zu werden, daß sie durch die erst "nachträgliche" Aufnahme keinen Schaden erleiden.

Im Zusammenhang mit dem Bereich der sachgerechten Regelung steht auch der Satz des BVerfG [1], daß die Möglichkeit unsachgemäßer Maßnahmen durch den Vollzug die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes unberührt lasse. Diese Ansicht ist bereits unabhängig von den Kriterien einer Verletzung des Gleichheitssatzes kaum zu bezweifeln, soweit sie sich auf eine unrichtige Auslegung des Wortlautes bezieht oder aber einer Überschreitung der den Organen der Verwaltung eingeräumten Befugnisse beruht; denn in einer weiteren Entscheidung hat das BVerfG den Leitsatz aufgestellt [2], daß ein Gesetz dem Gleichheitssatz auch widerspricht, wenn sich nur aus seiner praktischen Auswirkung eine offenbare Ungleichheit ergibt und diese gerade auf die rechtliche Gestaltung zurückzuführen ist. Diesem letzten Satz ist auch von dem hier vertretenen Begriff der Verletzung des Gleichheitssatzes her zuzustimmen; denn nach dieser These kommt es nicht darauf an, ob sich die Verletzung des Gleichheitssatzes aus dem Wortlaut der Vorschrift selbst oder erst aus ihrem praktischen Gebrauch ergibt. In den meisten Fällen wird es sich

---

1) BVerfGE: 1/144 (155); 3/19 (33); 4/7 (25).
2) BVerfGE: 8/51 (Leitsatz 2).

sogar erst bei der Anwendung des Gesetzes zeigen, ob der Gesetzgeber bei der Auswahl der Individuen und des Umfangs sowie der Art und Weise der Begünstigung oder Belastung die allein gerechte Lösung getroffen hat. Ja, man wird sogar mit MEYER-ARNDT [1] soweit gehen dürfen, daß das vom Gesetz angewendete w i l l k ü r l i c h e Bemessungsprinzip, das unter den gegenwärtigen Umständen zufällig mit einem "sachgerechten" Zuteilungsgrundsatz im Ergebnis übereinstimmt, angesichts der zeitlich unbeschränkten Gültigkeit des Gesetzes nicht genügen kann, um den an sich begründeten Vorwurf des Verfassungsverstoßes auszuräumen.- Jedoch ist Maßstab hier nicht die "offenbare" Ungleichheit, sondern allein das Gerechtigkeitsprinzip, das seinen Inhalt -durch die jeweils zu regelnde Art der Materie erhält. Den Begriff der "offenbaren" Ungleichheit muß das BVerfG in diesem Zusammenhang bringen, da es sonst mit der von ihm vertretenen Handlungsfreiheit des Gesetzgebers in Konflikt gerät.

e) Sonderregelungen

Zur Frage der Sonderregelungen hat das BVerfG, soweit sie den Gleichheitssatz betreffen, in mehreren Entscheidungen die Ansicht vertreten [2], daß diese auf sachlichen Erwägungen beruhen, allgemein abstrakt gefaßt, durch das öffentliche Interesse geboten sein müssten und nicht schutzwürdige Interessen anderer vernachlässigen dürften.

Jede Sonderregelung setzt begrifflich eine weitere Regelung allgemeinen Inhaltes auf demselben Gebiet voraus. Eine Beurteilung darüber, ob der Gleichheitssatz durch die Sonderregelung verletzt ist, kann sich deshalb nur aus einem Vergleich der Individuen, die von dem allgemeinen Gesetz

---

1) DÖV 58/886
2) BVerfGE: 1/418 (427); 417 (19); 6/29o (299); 7/129 (153); 8/274 (329 f.); 9/2o (28); 9/2o1 (2o7); 1o/354 (371); 12/341 (349); 12/354 (367); NJW 62/1oo.

erfaßt werden, mit denen, die unter die Sondervorschriften fallen, ermittelt werden [1]. Ihre Zugehörigkeit muß sich daher aus dem unterschiedlichen Wert ihrer Wesensmerkmale ergeben. Entspricht ihre Einstufung nicht dem Gerechtigkeitsprinzip, so ist der Gleichheitssatz verletzt. Von dort her ist das Kriterium der sachlichen Erwägungen zu verstehen [2]; denn wenn das Gerechtigkeitsprinzip eine unterschiedliche Bewertung nicht verlangt, ist für eine Sonderregelung kein Raum [3]. Das weitere Kriterium, eine allgemeine und abstrakte Fassung, entspricht den Richtlinien eines jeden Gesetzes [4]. Daneben ist das Kriterium - eine allgemeine und abstrakte Fassung - aber auch für die Berücksichtigung des Gleichheitssatzes von Bedeutung. So würde dieser verletzt, wenn ein Gesetz nicht allgemein verbindlich wäre, sondern nur die bestimmte einzelne Person A beträfe; denn dadurch würden Personen mit derselben Qualifikation, die durchaus später als diese leben können, man denke etwa an ein Gesetz für den Bundespräsidenten, bezüglich der entscheidenden Wesensmerkmale im Verhältnis zu diesem Einzelnen nicht nach Umfang sowie Art und Weise gleich behandelt [5]. Dasselbe besagt auch der Begriff a b s t r a k t; denn dieser bedeutet: losgelöst vom Einzelfall [6]. Es wird also hierdurch nichts neues ausgesagt; die Begriffe "allgemein" und "abstrakt" sind vielmehr pleonastisch. Schließlich soll die Sonderregelung durch das öffentliche Interesse geboten sein und

---

1) Der Gleichheitssatz hindert nicht die Bildung verschiedenen Rechts für verschiedene Bevölkerungsgruppen; denn das Beteiligtsein einer Person an einem bestimmten Tatbestand kann stets auch als Kriterium für die Zugehörigkeit dieser Person zu einer Bevölkerungsgruppe aufgefaßt werden, welche alle diejenigen umfaßt, bei denen ebenfalls das Merkmal des Beteiligtseins an einem solchen Tatbestand zutrifft. Wengler, Festschrift S.241.

2) Die Auffassung Abrahams (in BK Art.14 Anm.II 3, S.6), nach der die sachlichen Erwägungen "vernünftig" sein müssen, vermag nichts anderes auszusagen.

3) Vergl. Zeidler JZ 60/393, der auch für diesen Fall die Regelung als allgemeines Gesetz ansieht, selbst wenn davon nur ein Einzelfall betroffen wird.

4) Vergl. für viele: Küchenhoff, Staatslehre S.96 f.; Wolff HJ.Verw.R. I § 24 II.

5) Gegen die Zulassung von Privilegien bestehen dann keine Bedenken, wenn es nach richtiger Wertung von Tatbestand und Rechtsfolge ausgeschlossen erscheint, (Forts. s.S.128)

und schutzwürdige Interessen anderer nicht vernachlässigen dürfen. Hierin taucht der aristotelische Begriff der justitia distributiva auf, der im Rahmen der Gleichbehandlung das Gerechtigkeitsprinzip ausmacht. Dieses ist aber kein Kriterium ausschliesslich für Sondergesetze, sondern für alle Gesetze, was sich am augenfälligsten bei den sogen. belastenden Gesetzen zeigt. Merkmal für Sondergesetze könnte allenfalls sein, daß das Gesetz durch öffentliches Interesse g e b o t e n sein muß. Doch das trifft mindestens nicht generell zu, sondern höchstens i n b e s o n d e r e m M a ß e aufgrund der Sondereigenschaft der Sondergesetze; denn das Tun oder Lassen der öffentlichen Gewalten ist stets an den Zweck ihrer Funktion, das ist die Wahrung und Förderung des öffentlichen Interesses oder besser des der Allgemeinheit, um dessentwillen ihnen ihre Gewalt anvertraut ist, gebunden [1]. Deshalb müssen alle Gesetze durch das öffentliche Interesse geboten sein. Für den Gleichheitssatz ist aus diesem Gebot nichts zu entnehmen; vielmehr handelt es sich hierbei ausschließlich um eine Regel für den Erlaß eines jeden Gesetzes. Soweit die schutzwürdigen Interessen anderer nach der Auffassung des BVerfG, die nicht klar zum Ausdruck kommt, im Verhältnis zu den öffentlichen Interessen gesehen werden müssen, können sie zwar über die justitia distributiva mittelbar den Rang der einzelnen Wesensmerkmale der Individuen mitbestimmen, aber direkt können sie in diesem Verhältnis keine Bedeutung erlangen, da es keine Gleichbehandlung von Einzelinteresse und öffentlichem Interesse geben kann; denn stets wird entweder das eine oder das andere überwiegen. Soweit die

---

5) Forts.v.S.127:
daß ein weiterer Sachverhalt vorhanden ist, der die gleiche Rechtsfolge wie der in dem Sonderrechtssatz allein benannte und behandelte verdient. Buchholz S. 37; ebenso Wenger, Festschrift S. 253 f., der Sondergesetze dann für unzulässig hält, wenn diese vergleichbar den normalen Regelungen als "willkürlich" empfunden werden.

6) Küchenhoff, Staatslehre S.96; vgl. dazu auch Hamann BB 54/782.

---

1) Vergl. Wolff HJ. Verw.R. I § 29 vor I, der hier nur die Organe der Verwaltung und Regierenden nennt. Dasselbe wird man aber für sämtliche Organe der Staatsgewalt annehmen müssen.

Interessen aber im Verhältnis zu den durch das Sondergesetz Betroffenen zu sehen sind, gilt hier dasselbe, was zu dem Begriff a l l g e m e i n gesagt worden ist [1].

2. Wahlgleichheit

Unterscheidungen

Im Rahmen der Wahlgleichheit hat das BVerfG sich hauptsächlich mit der Frage der Unterscheidungen befaßt. Die Zulässigkeit für eine solche begründet es vor allem aus der Überordnung des allgemeinen Gleichheitssatzes gegenüber dem Grundsatz von der Gleichheit im Wahlrecht [2]. Nun ist dieser Satz nicht so zu verstehen, daß die Wahlgleichheit sich, wenigstens für die Parteien der Länder, nicht aus Art.3 Abs.1 GG ergebe; vielmehr ist das BVerfG, wie sich aus dieser und auch den übrigen Entscheidungen zur Frage der Wahlgleichheit ergibt, der Meinung, daß die Wahlgleichheit wegen ihres stark schematischen Gleichheitsinhaltes innerhalb des Art.3 Abs.1 GG praktisch ein Eigenleben führt und eine selbständige Entwicklung genommen hat. Diese Auffassung ergibt sich für das BVerfG zwangsläufig aus den Grundsätzen, die es für die Annahme einer Verletzung des Gleichheitssatzes entwickelt hat; denn wenn es dem Gesetzgeber im Rahmen der Gleichbehandlung grundsätzlich eine große Handlungsfreiheit einräumt, muß es zwangsläufig zu einer Sonderstellung kommen, wenn es diese große Handlungsfreiheit für den Bereich der Wahlgleichheit verneint. Diese Sonderstellung ist aber geeignet, den Gleichheitssatz des Art.3 Abs.1 GG zu einem Satz mit unzähligen Sonderarten zu machen, die jeweils wieder eigenständige Grundsätze enthalten. Die Gefahr, die für ein "Auslaufen ins Uferlose" droht, wird durch den hier entwickelten Grundsatz für Verletzungen gebannt; denn da auf allen Rechtsgebieten und somit auch

---

1) Nach Böckenförde S.72 ist für den Fall, daß in einem Sondergesetz die Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner oder einer bestimmten Gruppe bezweckt wird, nur diese Zwecksetzung auf ihre Zulässigkeit am Maßstab der legalen Gerechtigkeit zu messen, nicht aber der Zweck des Gesetzes im übrigen. Dieser Auffassung muß man auch nach der hier vertretenen Ansicht zustimmen; denn wenn die Zwecksetzung mit der Gerechtigkeit übereinstimmt, so ist die Heraushebung der Einzelnen oder der Gruppe aus dem übrigen Kreis zulässig, und damit entfällt bezüglich der weiteren

auf dem der Wahlgleichheit allein das Gerechtigkeitsprinzip und nicht die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers bestimmt, welche Art der Gleichheit (schematische oder proportionale) zur Anwendung kommt, kann von einer Sonderstellung keine Rede mehr sein. Anderenfalls gäbe es nur noch Sonderstellungen.

Für das Maß der Unterscheidungen hat das BVerfG den Grundsatz aufgestellt, daß diese stets eines besonderen rechtfertigenden Grundes bedürften [1]. Diesem Satz ist insoweit zuzustimmen, als für Unterscheidungen auf dem Gebiet der Wahlgleichheit rechtfertigende Gründe vorliegen müssen; denn allgemein von der Wahlgleichheit her gesehen, müssen alle Wähler und wählbaren Gruppen gleich und zwar zunächst einmal in der Form der schematischen Gleichheit behandelt werden. Unterschiede bedürfen hier eines Grundes, der aber nicht auf der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers beruht, sondern im Gerechtigkeitsprinzip. Diese Gründe müssen nicht b e s o n d e r e sein, sondern gelten allgemein auf allen Rechtsgebieten. Für das BVerfG müssen sie jedoch besondere sein, da nach seiner Ansicht der Gesetzgeber sich für die Betätigung seiner Handlungsfreiheit rechtfertigen muß und zwar besonders dann, wenn ihm diese, wie auf dem Gebiet der Wahlgesetzgebung, verwehrt ist.

Ferner hat das BVerfG für diesen Bereich in mehreren Entscheidungen [2] den Satz aufgestellt, daß aus der Verfassungsstruktur sich ergebende verfassungsrechtliche Gründe, wie sie im Wahlrecht vom BVerfG anerkannt sind, dem Gesetzgeber ein Abgehen von der Gleichbehandlung aller Parteien gestatten könne. Hieraus ergeben sich praktisch die sogen.

---

1) BVerfGE: 4/375 (383); 7/99 (1o7); 8/51 (64); 11/266 (272); 11/351 (364); 12/1o (25); 12/73 (78);
2) BVerfGE: 1/2o8 (248); 3/19 (26); 3/383 (393 f.); 4/31 (39); 4/375 (382 f.); 6/273 (28o).

besonderen Gründe für Unterscheidungen. Um diese konkret zu klären, stellt sich die Frage, was man unter den aus der Verfassungsstruktur sich ergebenden verfassungsrechtlichen Gründen zu verstehen hat. Nach allgemeinem Sprachgebrauch sieht man in der Struktur einer Verfassung oder auch jedes anderen Rechtsgebietes, ihren inneren Aufbau. Die sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen Gründe für eine Unterscheidung sind demnach solche, die dem Schutz oder den Interessen dieses inneren Aufbaues entsprechen, d.h. das Interesse der Gemeinschaft durchsetzen wollen. Ob diese Gründe dem Gesetzgeber Unterscheidungsmöglichkeiten konkret zwischen politischen Parteien einräumen oder nicht, ergibt sich primär nicht daraus, ob sie vom BVerfG als solche anerkannt sind, sondern ob sie mit dem jeweiligen Gerechtigkeitsprinzip zu vereinbaren sind; denn dieses ist allein ausschlaggebend dafür, ob dem Interesse der Gemeinschaft oder dem des Einzelnen (der politischen Partei) der Vorrang gebührt.

Zusammenfassend ist festzustellen [1], daß das BVerfG die Problematik der gesetzgeberischen Regelung des Parteienwirkens ganz aus dem Gesichtspunkt der Gleichheit betrachtet. Nach seiner vom Reichsstaatsgerichtshof übernommenen Auffassung soll in diesem Bereich der Grundsatz einer radikalen Gleichheit herrschen, der dem Gesetzgeber eine durchaus formale Gleichbehandlung auferlege. Dabei erkennt das BVerfG sehr wohl die Unhaltbarkeit einer formalen Gleichbehandlung aller Parteien, da die Forderung einer radikalen und formalen Gleichbehandlung im Sinne eines unbedingten Differenzierungsverbotes niemals völlig absoluten Charakter annehmen kann, ohne in Ungerechtigkeit umzuschlagen. Deshalb muß es im Grunde genommen doch Ausnahmen zulassen. Nur der Zirkel von der Regel zur Ausnahme und für bestimmte Bereiche von der Ausnahme zurück zur Regel ermöglichen es dem BVerfG, bei der Durchbrechung des formalen und radikalen Gleichbehandlungsgebotes von einer Ausnahme zu sprechen und damit dem Gesetzgeber die Argumentationslast zuzuspielen.

---

1) Vergl. Fuß IZ 59/395.

Nur so ist es überhaupt erklärlich, daß besondere gewichtige Gründe gegeben sein müssen, um die Durchbrechung der formalen Gleichbehandlung aller Parteien zu rechtfertigen, und es nicht genügt, daß die getroffene Unterscheidung lediglich nicht willkürlich ausgefallen ist [1].

V. Aus der Rechtsprechung des BVerfG's sich ergebende Folgen

1. Das richterliche Prüfungsrecht [2]

Die Beschränkungen von ermächtigenden Gesetzen durch Art.8o GG, die Erschwerung von Verfassungsänderungen und Durchbrechungen, die Unabänderlichkeitsklauseln mancher Verfassungen sowie die Konzeption der Grundrechte haben die verfassungsrechtliche Bedeutung des richterlichen Prüfungsrechts erheblich verstärkt [3]. Wie sich aus dem Begriff p r ü f e n ergibt, steht dem Richter hierbei, allgemein gesagt, die Befugnis zu, einen Sachverhalt auf seine Norm zu beziehen. Dabei erfolgt notwendigerweise eine Wertung

---

1) Huss, JZ 59/393 ff., meint eine Lösung dieser Frage darin zu sehen, daß er statt der Chancengleichheit, die das BVerfG aus Art.3; 21; 38 GG herleitet, von einem Freiheitsrecht der politischen Parteien ausgeht: Die Freiheit der Parteigründung erklärt sich aus dem Zweck, dem Volke zur Bestellung einer Regierung zu verhelfen. Folglich müssen die Parteien nach der Gründung ihren Aufbau und ihr Wachstum fördern können. Das macht eine Freiheit des Wettbewerbs notwendig, also in erster Linie Ausschluß von Behinderungen zugunsten anderer Parteien. Die an dieser Stelle mögliche Akzentverschiebung von der Wettbewerbsfreiheit zur Chancengleichheit ist methodisch nicht unbedenklich und dazu angetan, die Hauptschwierigkeit dieses Problemkreises auf das unsichere Geleise der sachgerechten Unterscheidung abzuschieben. Die Rechtfertigung zu einer Präzisierung und Einschränkung der freien politischen Betätigung bezieht der Gesetzgeber aus dem Normierungsauftrag des Art.21 Abs.3 GG, der sich somit als Gesetzesvorbehalt gegenüber der Freiheit des Parteiwirkens darstellt, für den aber - zumindest sinngemäß - die Normierungsgrenze der Wahrung des Wesensgehaltes (Art. 19 Abs. 2 GG) gilt.

2) Zur geschichtlichen Entwicklung vergl. Engelhardt S. 1o2 ff.

3) Drath (9) S.45 f.

zwischen richtig und unrichtig, da das logische Sein jeder Norm auf dem Moment des Sollens oder Nichtsollens beruht [1]. Erfolgt die richterliche Prüfung von Handlungen staatlicher Organe an den Normen der Verfassung, so tauchen dabei Fragen der Gewaltentrennung und Politisierung der Rechtsprechung auf, die im folgenden untersucht werden sollen.

a) Aufgliederung der Staatsgewalt

aa) Geschichtliche Einleitung [2]

Aus Gedankengängen, die sich bereits bei Aristoteles feststellen lassen und die später von John Locke aufgegriffen wurden, schuf Montesquieu in seiner Schrift De l' e s p r i t d e s L o i s von 1748 die Lehre von der Dreiteilung der Gewalten. Er stellte das Postulat der Trennung von Legislative, Exekutive und Indikative auf und forderte gleichzeitig die Zustellung dieser Gewalten an drei verschiedene Organe, die unter sich vollkommen gleichgestellt werden müssen.

Diese auf dem Gleichgewicht der Gewalten beruhende politische Lehre wurde in reiner Form von keinem modernen Staat übernommen. Einmal deshalb, weil die französische Revolution von 1785, die als erste das Postulat der Gewaltentrennung in ihrer später für Europa vorbildlichen Verfassung zur verwirklichen suchte, die liberalen Gedanken Montesquieu's mit den demokratischen Prinzipien Rousseau's verband; zum anderen war die Theorie der Gewaltenteilung, die einer politischen Betrachtungsweise genügen mag, für die staatsrechtliche Praxis nicht brauchbar, da ein geordnetes Staatsleben bei Selbständigkeit des jede Gewalt repräsentierenden Willens undenkbar und die Staatsgewalt juristisch gesehen im Grunde unteilbar ist. Die Theorie Montesquieu's hat daher in den modernen Verfassungen nicht in reiner Form, sondern als organisatorische Funktionsteilung Eingang gefunden [3].

---

1) v.Hippel, Prüfungsrecht S.546.
2) Vergl.Rebmann S.6o f.
3) Meyer-Anschütz S.31; Schack S.285 ff.; Loewenstein, Verfassungslehre S.32 f.

ab) Gewaltentrennung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung gliedert sich in zwei Unterteilungen auf und zwar die Gewaltentrennung und Gewaltenhemmung. Unter der ersten versteht man die verfassungsrechtliche Verteilung der Materiellen Staatstätigkeiten auf verschiedene voneinander weisungsunabhängige unmittelbare Staatsorgane oder Gruppen von Staatsorganen; mit der letzten meint man die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer möglichst großen gegenseitigen Abhängigkeit der voneinander weisungsunabhängigen einzelnen unmittelbaren Staatsorgane beim Setzen von Staatsakten [1].

Ausgehend von dem Begriff G e w a l t e n t e i l u n g versteht man darunter zunächst eine Teilung der Gewalten. Hiermit bezeichnet man aber nicht eine Teilung der Staatsgewalt oder die Bezeichnung verschiedener Staatsgewalten als Gewalten, sondern Gewalten nennt man heute allgemein die verschiedenen Arten von Grundformen der Staatstätigkeit und die verschiedenen unmittelbaren Staatsorgane und Staatsorgangruppen [2].

Ist nun die Tätigkeit des BVerfG, wenn es die Akte des Gesetzgebers überprüft, mit der Gewaltenteilung zu vereinbaren? Diese Frage muß im Zusammenhang mit der Gewaltentrennung bejaht werden. Die materiellen Staatstätigkeiten: Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung [3], sind auf selbständige voneinander unabhängige Staatsorgane gleichen Namens verteilt. Die Tätigkeit des BVerfG rechnet dabei zur Rechtsprechung; denn da das BVerfG durch das GG geschaffen, ihm unterstellt ist (Art.1 Abs.2; Art.92 GG) und aus ihm seine Befugnisse ableitet (Art. 93 GG), ist es Verfassungsorgan und gleichzeitig oberstes Gericht, das allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständig und unabhängig ist (S.1 BVerfGG). Von dorther bestimmt es seine Zuständigkeit

---

1) v.Mangoldt-Klein Art.2o Anm. V 5b S.598; Küchenhoff, Staatslehre S.116, 125; Peters, Gewaltentrennung S. 5f; Wolff HJ.Verw.R. I § 16 II; Bachof NJW 52/243 r.Sp.

2) Vergl. Küchenhoff, Staatslehre S.111 f.; Wolff HJ. Verw.R.I § 16 I b.

3) Bezüglich der auch vertretenen Zwei-, Vier- oder Fünfteilung der Gewalten vergl.v.Mangoldt-Klein Art.2o Anm. V 5 b (S. 598 f.).

und begrenzt sie zugleich [1]. Wenn das BVerfG daher Akte des Gesetzgebers am Gleichheitssatz überprüft, so durchbricht es damit nicht das Prinzip der Gewaltentrennung, da es keine gesetzgebende Tätigkeit entfaltet, sondern typisch rechtsprechende, d.h. Überprüfung von Handlungen an Hand der diesen vorgegebenen Normen [2]. Dabei geht es weder um die persönliche Vorstellung des Richters über die Norm, sondern um den objektiven Willen des Gesetzes. Zwar muß der Richter immer dann, wenn Gesellschaftsanschauungen wie z.B. Grundsätze eines Kulturkreises maßgebend sind, nach allen Richtungen hin sorgfältig ausschauen, damit kein Gesichtspunkt, der für die Entscheidung von Bedeutung sein könnte, unberücksichtigt bleibt. Aber damit wird seine Tätigkeit noch nicht zu einer gesetzgeberischen; denn im Gegensatz zur Zweckmäßigkeitsfrage, mit der hier ein Vergleich möglich wäre, gibt es bei der Rechtsfrage nur eine eindeutige Antwort [3]. Es gilt deshalb, den objektiven Willen des Gesetzes festzustellen und zwar mit den der Rechtswissenschaft geläufigen Methoden, d.h. von jedem Kundigen rational nachprüfbar. Die Tätigkeit des BVerfG ist deshalb Erkennen auf der Grundlage gesetzlich gegebener Wertungen, wie sie das GG vornimmt [4]. Anders würde es sein, wenn das BVerfG nicht, wie in § 78 BVerfGG vorgeschrieben ist, lediglich die Nichtigkeit der betreffenden Norm oder Normen feststellen würde, sondern diese so abändern dürfte, daß sie z.B. mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren wäre. Zwar setzt das BVerfG im Ergebnis stets eine andere Regelung an die Stelle der bisherigen, wenn es eine Norm für nichtig erklärt, da es selten eine Norm geben wird, die nicht mit anderen

---

1) Nawiasky (9) S.121 f.; Wagner DRiZ 61/283 .
2) Vergl. dazu Jerusalem SJZ 5o/6; Lechner NJW 55/1819; Fuss JZ 59/33o; Wagner DRiZ 61/283.
3) Vergl.Aldag S.49.
4) Geiger, Gleichheit S. 17o; Paulick S.98 f.; Westermann S.2o

in so engem Zusammenhang steht, daß sich nicht bei ihrem Wegfall die Gesamtnormsituation ändern würde. Selbst wenn das nicht der Fall ist, ist die Regelung doch stets eine andere, da nach dem Wegfall der für nichtig erklärten Norm der betroffene Lebensbereich oder Personenkreis einer anderen rechtlichen Regelung unterliegt als vorher. Wollte man aber darin generell ein unzulässiges Eingreifen in den Bereich der Gesetzgebung sehen, so dürfte das BVerfG überhaupt keine Vorschrift für nichtig erklären, ein Ergebnis, das u.a. der gesetzlichen Regelung in §§ 78; 82 Abs.1; 88 und 95 BverfGG widersprechen würde [1]. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß es sich bei diesen Folgen nur um mittelbare handelt, die deshalb nicht in die gesetzgeberischen Befugnisse eingreifen, weil sie die Möglichkeit für eine Neuregelung nicht nehmen [2] [3].

Bedenken gegen die Wahrung der Gewaltentrennung ließen sich noch daraus herleiten, daß die Entscheidungen des BVerfG, d.h. der die Nichtigkeit aussprechende Tenor

---

1) Lange NJW 62/417.

2) Nun wird jedoch die Ansicht vertreten, das richterliche Prüfungsrecht ersetze immer dann das Urteil der gewählten Volksvertreter durch das der Richter, wenn Zweifel über den eigentlichen Sinn einer Verfassungsbestimmung bestehen (Friedrich S.262; Peters JZ 54/594). Bei dieser sogen. allgemeinverbindlichen Interpretation handelt es sich aber nicht um eine gesetzgeberische Tätigkeit, d.h. Normsetzung, denn eine solche besteht ja bereits, sondern um eine Auslegung, wie sie von jedem Richter tagaus tagein vorgenommen wird. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den Entscheidungen des Verfassungsgerichts nicht um einen Konflikt zwischen Legislative und Indikative handelt, sondern zwischen Legislative und Verfassung. Vergl.Rebmann S.62; Morstein-Marx S.97.

3) In Anlehnung an die Auffassung des BVerfG von einem weiten "Ermessensspielraum " des Gesetzgebers wird, um zu verhindern, dass das BVerfG gesetzgeberische Tätigkeit ausübt, d.h. mit seiner Meinung die gesetzgeberische Handlungsfreiheit ausfüllt, der Grundsatz aufgestellt, daß ordnungsmäßig zustandegekommene Gesetze die Vermutung für sich haben, daß sie die Grundrechte der Bürger nicht verletzen. (Vergl.Hartz, Betrieb 58/261 f.; Kaufmann (3) S.19). Auf die Gefahren, die sich aus dieser Auffassung für die Wirksam-keit des Grundrechtsschutzes ergeben, kann hier nicht mehr eingegangen werden. Vergl. dazu S.94 ff. Das richterliche Prüfungsrecht lehnt auch Ipsen, Gleichheit S. 17o, mit der Begründung ab, daß der Richter nicht den Ge-

(Forts.s.S. 137)

unter den in § 31 Abs.2 BVerfGG aufgezählten Voraussetzungen Gesetzeskraft erlangt. Hieraus ist aber ebenfalls keine gesetzgeberische Betätigung herzuleiten. Jede Handlung des Gesetzgebers hat ein positives Ergebnis und zwar so verstanden, daß durch jeden Akt etwas neues geschaffen wird. Das liegt auch dann vor, wenn eine frühere Regelung durch den Gesetzgeber wieder aufgehoben wird. Bei den Entscheidungen des BVerfG ist es aber anders. Hier wird nicht etwas in diesem Sinne n e u geschaffen, sondern lediglich festgestellt, daß etwas von Anfang an nicht existent war [1]. Das ist aber keine gesetzgeberische Tätigkeit.- Daß diese Entscheidungen Gesetzeskraft erlangen können, hat nicht den Sinn, dem Gericht gesetzgeberische Befugnisse zu übertragen, sondern ist aus Zweckmässigkeitsgründen geschehen, damit dieselbe Frage nicht mehrmals entschieden werden muß. Außerdem handelt es sich dabei um Entscheidungen, die in aller Regel über das Interesse der beteiligten Parteien hinausgehen [2].

ac) Gewaltenhemmung

Als nächstes soll nun untersucht werden, ob die Tätigkeit des BVerfG nicht gegen das Prinzip der Gewaltenhemmung verstößt. Nach diesem Prinzip sollen sich die Träger der weisungsunabhängigen unmittelbaren Staatsorgane gegenseitig kontrollieren, mäßigen und helfen [3]. Im Verhältnis Gesetzgebung - Rechtsprechung steht das kontrollierende Moment im Vordergrund. Wenn man deshalb allgemein das richterliche Prüfungsrecht als ein gewichtiges Instrument der Gewaltenteilung im Sinne der Gewaltenhemmung ansieht [4], so ergeben sich daraus doch Bedenken bezüglich der Weisungsunabhängigkeit;

---

3) Forts. von S.136:
setzgeber zur Gerechtigkeit rufen könne, ohne selbst Gesetzgeber zu werden.

---

1) Geiger, Komm. § 78 Anm.4; Lechner § 78 Anm.2.
2) Vergl. auch Geiger, Komm. § 31 Anm. 9 und 14; Lechner § 31 Anm.III 2.
3) Küchenhoff, Staatslehre S.117; Loewenstein, Verfassungslehre S.32 f.
4) Ipsen, Gleichheit S.169.

denn weisungsunabhängig voneinander können nur solche Gewalten sein, die gleichrangig und gleichgewichtig nebeneinander stehen. Dieses wird man für die einzelnen Staatsorgane bezüglich des Kriteriums h e l f e n zugestehen können. Bezüglich des Begriffes m ä ß i g e n mögen aber bereits einige Bedenken aufkommen, ob der "Mäßiger" nicht ein Übergewicht haben muß, um mäßigen zu können. Wenn man jedoch bedenkt, daß mäßigen unter Individuen z.B. gleichgestellten Freunden, Brüdern usw. etwa in der Form eines Rates oder Zuspruchs möglich ist, wird man auch hier noch zustimmen können. Eine Zustimmung ist aber bei einem k o n t r o l l i e r e n nicht mehr möglich. Wie sich aus allen Lebensbereichen nachweisen läßt, setzt dieses eine Überordnung des Kontrollierenden voraus, da die Kontrolle die Möglichkeit für ein Einschreiten enthalten muß, wenn sie nicht sinnlos sein soll [1]. Dem widerspricht auch nicht, daß das BVerfG durch die Feststellung der Nichtigkeit einer Norm nur die Berufung auf diese Nichtigkeit ermöglicht [2]; denn gerade die Befugnis, die Nichtigkeit festzustellen und damit den Gesetzgeber im Grunde zu einer Neuregelung zu veranlassen, ist mit einer Gleichstellung nicht zu vereinbaren. Eine Weisungsgebundenheit liegt aber damit innerhalb des Verhältnisses zwischen BVerfG und Gesetzgeber nicht vor, wie es aufgrund der Überordnung den Anschein haben könnte. Dieses wäre nur dann der Fall, wenn das Gericht dem Gesetzgeber zwingend vorschreiben könnte, für die nichtige Regelung eine neue zu erlassen, oder selbst den Inhalt der neuen bindend bestimmen könnte; denn das würde über seine Feststellungsbefugnis hinausgehen [1].

---

1) Zu einer Überordnung des Richters über den Gesetzgeber kommt auch Ipsen, Gleichheit S. 169; jedoch leitet er dieses nicht aus dem Kontrollrecht allgemein her, sondern aus dem Gleichheitsgebot als Willkürverbot. Diese Übermacht sei auch nicht durch die nur "abbauende Kraft" seiner Entscheidungen verkleinert (ders., Prüfungszuständigkeit S.817; DV 49/492 IV). Ebenso auch Fuss JZ 59/332 der die Übermacht aus dem "letzten Wort" des BVerfG herleitet.

2) Geiger, Komm. § 78 Anm.4; Bachof, Grundgesetz S.37

Die gewisse Vormachtstellung oder Überordnung ergibt sich allgemein aus der Verzahnung der einzelnen Gewalten als Teile einer einheitlichen Staatsmacht. Daneben darf nicht übersehen werden, daß die Kontrollfunktion nicht nur eine Machtminderung der Legislative und Exekutive bedeutet, sondern gleichzeitig auch eine Stärkung; denn im Verhältnis zu den aufgehobenen Akten steht ein Vielfaches an bestätigten, die aufgrund dieser Bestätigung jeder künftigen Anzweiflung entzogen sind [2]. Ferner ist zu bedenken, daß die Initiative der Nachprüfung nicht beim BVerfG, sondern bei jedem einzelnen Staatsbürger liegt [3]. Wie diese Vormachtstellung eingeengt worden ist, soll im folgenden untersucht werden.

b) Verhinderungsmöglichkeiten gegen Übergriffe

Um zu verhindern, daß das BVerfG aufgrund seiner Vormachtstellung in unzulässiger Weise in den Bereich der anderen Gewalten übergreift, bestehen bestimmte Sicherungsvorkehrungen, und zwar die Verfassung, die Richterwahl und die Richteranklage [4].

---

1) Es ist allgemein anerkannt, daß das Gericht nicht befugt ist, die angefochtene Norm auf ihre Zweckmässigkeit, sondern immer nur auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Engelhardt S.126; Müller Gebhard S.4o.
2) Bachof, Grundgesetz S.37.
3) Bachof, Grundgesetz S.37; Hesse AöR n.F. Bd.77 S.223; Koellreuter S.215. Nach Bachof, Grundgesetz S.36, stellt sich gerade unter dem Aspekt der Gewaltenteilung die Machtbeschränkung, die Parlament und Regierung durch die richterliche Kontrolle erfahren, nur als eine notwendige Korrektur, als ein sehr bescheidener Versuch dar, das Gleichgewicht gegenüber dem Machtzuwachs wiederherzustellen, den Legislative und Exekutive im Lauf der letzten Jahrzehnte durch das Anwachsen ihrer Funktionen und durch den Wortfall früherer Hemmungsfaktoren gewonnen haben.
4) In diesem Zusammenhang ist noch zu berücksichtigen, daß der Verfassungsgeber hier ausgehend von einer Dreiteilung der Gewalten, die Vormachtstellung dieses Gerichts durch die Errichtung seiner Institution selbst geschaffen hat. Da sich die Mehrzahl der möglichen Übergriffe auf den Gesetzgeber im engeren Sinne beziehen, sollen nur die Möglichkeiten untersucht werden, die seinem Schutze dienen.

ba) Beschränkung durch das GG

Die Verfassung beschränkt die Vormachtstellung des BVerfG insoweit, als sie in den Art. 18; 41; 61; 93; 98; 99; 1oo und 126 GG die Zuständigkeit dieses Gerichts bestimmt hat und außerdem dem Gesetzgeber nach Art. 93 Abs.2 GG das Recht eingeräumt hat, selbst zu bestimmen, in welchen weiteren Fällen dieses Gericht außerdem noch tätig werden soll. Hinzu kommt außer diesen Umgrenzungen die Bindung durch Art. 1 Abs.3 und 2o Abs.3 GG.

bb) Einflußnahme durch Richterwahl

Eine weitere Sicherung enthält Art.94 Abs.2 GG, die Richterwahl [1]. Nach dieser Vorschrift werden die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt und zwar nach § 2 BVerfGG für jeden Senat 8 Richter. Nun läuft aber die Amtszeit für alle diese Richter gemäß § 4 Abs.2 BVerfGG nicht nach 8 Jahren gleichzeitig ab, so daß der Gesetzgeber die Möglichkeit hätte, für den Fall des Mißbrauchs der Vormachtstellung das gesamte Gericht durch eine neue Wahl umzubesetzen; denn hierdurch würde das Gericht in die Hand der gesetzgebenden Organe gegeben und damit eine Vormachtstellung dieser Organe begründet, die nicht zu rechtfertigen wäre. Einerseits würde dadurch die Kontinuität der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts im ganzen gefährdet und andererseits bestünde die Gefahr, daß das Gericht dem Gesetzgeber willfährig würde, um die Wiederwahl seiner Mitglieder zu sichern und deshalb seine Kontrollfunktion nicht mehr wirksam ausüben könnte. Um dieses auszuschließen, bestimmt § 4 Abs.1 BVerfGG, dass 3 Richter eines jeden Senates aus der Zahl der Richter an den Bundesgerichten gewählt werden und zwar für die Dauer ihrer Amtszeit an diesen Gerichten. Auch die restlichen 1o Richter werden nicht zusammen alle 8 Jahre neu gewählt, sondern jeweils die Hälfte alle 4 Jahre für die Dauer von 8 Jahren. § 4 Abs.2 BVerfGG.

---

1) Vergl. dazu Engelhardt S.112; Arndt DVBl.51/298 f.; Wagner DRiZ 61/283.

Hierdurch wird erreicht, daß das Gericht auch bei einer Nichtwiederwahl der ausscheidenden Mitglieder einen kontinuierlichen Stamm behält, durch die Möglichkeit eines Wechsels im Kreise seiner Mitglieder eine elastische Verbindung zur Staatsentwicklung bekommt und außerdem die Wahlbefugnis jeder künftigen gesetzgebenden Körperschaft gewahrt wird [1]. Ferner wird durch diese Bestellungsart nicht zuletzt erreicht, daß das Gleichgewicht, das zugunsten des BVerfG verschoben zu sein schien, wiederhergestellt wird [2] [3].

bc) Richteranklage

Die dritte Sicherung vor Übergriffen durch das BVerfG ist die Richteranklage. Sie ist bestimmt, die freiheitlich demokratische Grundordnung unseres Staates, zu der auch die Weisungsunabhängigkeit der einzelnen Gewalten untereinander zählt, gegen Bedrohungen und Gefahren zu schützen, die von den Inhabern der richterlichen Gewalt ausgehen können [4]. Diese Klage ist gemäß Art. 98 Abs. 2 GG auf Antrag des Bundestages auch gegen Bundesrichter zulässig und damit auch gegen Richter des BVerfG [5]. Die dadurch zum Ausdruck kommende parlamentarische Verantwortlichkeit der Richter ist ihrem Wesen nach eine rechtliche und nicht eine politische [6]. Dieses ergibt sich aus dem Grund der Anklage, einem Verstoß gegen die Verfassung und aus der Unabhängigkeitsstellung, die nach Art.2o Abs. 3 GG nur durch Gesetz

---

1) Arndt, zit. bei Holtkotten in BK zu Art.94 Anm.II A 1c.
2) Ermacora S.32 f.; v.Hippel, Prüfungsrecht S.556.
3) Auf die Gefahr, die für die Unabhängigkeit des BVerfG darin liegt, daß das Schwergewicht dieser Wahl auf parteipolitischen Gesichtspunkten beruht, haben Thoma S.198 und Koellreuter S.215 bereits hingewiesen. Vergl. auch Bachof, Grundgesetz S.41, der die Gefahr sieht, daß nicht nach Qualifikation, sondern nach Parteizugehörigkeit die Wahl erfolgt.
4) Bettermann, Unabhängigkeit S. 583 f.; Geiger, Komm.Vorbem. 1 vor § 58; Hamann Art.98 Anm. B 3; Maunz, Staatsrecht S. 216 Ziff.7.
5) So Geiger, Komm. Vorbem. 6 vor § 58.
6) Bettermann, Unabhängigkeit S.585; Geiger, Komm.Vorbem. 2 vor § 58; v.Mangoldt Art. 98 Anm.4 S.532; dagegen sprechen von einer politischen Verantwortlichkeit der Richter: Holtkotten in BK Art- 98 Anm.II C 1c; Maunz, Staatsrecht S.216 Ziff. 7

und Recht eingeschränkt ist [1].

Diese Meinung erscheint vernünftig und praktikabel, solange durch die Richteranklage nur solche Personen betroffen werden, die nicht Mitglieder des BVerfG sind. Wie ist es aber, wenn der Gesetzgeber - das ist ja der hier zu untersuchende Fall - gegen Übergriffe des BVerfG einschreiten will? Muß er die Richter dann vor demselben Gericht, das er durch ihre evtl. Entfernung in seine Schranken zurückweisen will, anklagen? Besteht dabei nicht die Gefahr, daß das Gericht seine eigenen Mitglieder schützen wird? Eine Möglichkeit zur Abschwächung dieser Gefahr liegt vielleicht darin, daß das BVerfG aus zwei Senaten besteht. Die Gefahr ist aber in Wirklichkeit nur sehr gering, da einerseits die Richteranklagen nach § 13 Ziff. 9 BVerfG in Verbindung mit § 14 Abs.2 BVerfGE zur Zuständigkeit des zweiten Senats zählen, andererseits der größte Teil der Verfassungsbeschwerden nach § 9o BVerfGG vor dieses Gericht gelangt und die Verfassungsbeschwerden nach § 14 Abs.1 und 2 BVerfGG ebenfalls zur Zuständigkeit des zweiten Senats gehören. Eine Trennung der Zuständigkeiten besteht allenfalls bei den zahlenmässig weit geringeren Normenkontrollverfahren nach Art.1oo Abs.1 GG, die gemäß § 13 Ziff.11 in Verbindung mit § 14 Abs.1 BVerfGG zur Zuständigkeit des ersten Senates zählen. Soweit ein und derselbe Senat in beiden Verfahren tätig werden müsste, ist die Gefahr auch nicht durch die Ausschließungsgründe nach § 18 BVerfGG oder durch die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit zu bannen, da im Falle eines Übergriffs nur der gesamte Senat in Erscheinung tritt und die evtl. überstimmte Minderheit nicht bekannt wird. Eine befriedigende Lösung würde nur dann vorliegen, wenn die Richteranklagen, wenigstens soweit sie die Richter des BVerfG betreffen, vor dem nach

---

1) Die Begründung Bettermanns (siehe Anm.4) aus der Zuständigkeit des BVerfG ist nicht zwingend, da es denkbar ist, daß das BverfG auch politische Entscheidungen treffen kann.

Art. 95 GG noch einzurichtenden obersten Bundesgericht zu erfolgen hätten. Das ist aber schon deshalb nicht möglich, weil nach Art. 92 GG das BVerfG als höchstes Bundesgericht auch über einem obersten Bundesgericht stehen würde.

Im Zusammenhang mit der Richteranklage stehen auch die Organstreitigkeiten auf Bundesebene nach Art. 93 Abs.1 Ziff. 1 GG. Das BVerfG entscheidet hier über die Auslegung des GG aus Anlaß von Streitigkeiten über Rechte und Pflichten der Bundesorgane. Dabei muß der Antragsteller geltend machen, daß er durch das Verhalten des Antragsgegners in seinen ihm durch das GG übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet sei [1]. § 64 Abs.1 BVerfGG. Antragsteller und Antragsgegner können in diesem Verfahren neben dem Bundestag, dem Bundesrat und dem Bundespräsidenten auch theoretisch das BVerfG selbst sein [2]. Soweit das BVerfG aber an diesen Streitigkeiten als Partei beteiligt ist, kann diese Vorschrift nicht praktikabel sein; denn in eigener Sache kann niemand objektiv entscheiden, besonders nicht, wenn es sich wie hier um die Beurteilung seiner eigenen Mitglieder handelt.

2. Handlungsgrundsätze des BVerfG

Die Handlungsgrundsätze des BVerfG, die es für die Beurteilung der Frage aufgestellt hat, ob eine Vorschrift gegen den Gleichheitssatz verstößt, lassen sich in drei Sätzen zusammenfassen [3]; Art.3 Abs.1 GG ist Auffanggrundrecht. Nur die Überschreitung der äußersten Grenzen des Ermessens berechtigen zum Eingriff. Keine Berichtigung oder Ergänzung der angefochtenen Handlung.- Diese Grundsätze sollen, soweit noch nicht geschehen, im folgenden untersucht werden.

---

1) Hamann Art. 93 Anm. B 1; v.Mangoldt Art.93 Anm.3; Holtkotten in BK Art. 93 Anm. II B 1a.
2) Vergl. Geiger, Komm.§ 63 Anm.3 (S.208); zweifelnd hinsichtlich des BVerfG: Hamann Art.93 Anm.B 1 (3.Absatz).
3) Die Fundstellen werden bei den einzelnen Untersuchungen angegeben.

a) Art.3 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht

Nach der Rechtsprechung des BVerfG [1] findet das Ermessen des Gesetzgebers seine Grenzen nicht nur im Willkürverbot und in den Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes, sondern auch in sonstigen Grundsatznormen, in denen für bestimmte Bereiche der Rechts- und Sozialordnung Wertentscheidungen des Verfassungsgebers ausgedrückt sind. Kommen solche Grundsatznormen in Betracht, so ist eine Bestimmung zunächst darauf zu prüfen, ob sie mit ihnen zu vereinbaren ist. Wird das verneint, dann ist für eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes kein Raum mehr. Das gleiche muß auch für den Fall gelten, daß die zu prüfende Norm mit einer Konkretisierung des Gleichheitssatzes zu vereinbaren ist [2].

Dieser Grundsatz [3] wurde aus dem Gedanken heraus aufgestellt, daß anderenfalls der allgemeine Gleichheitssatz des Abs.1 durch eine summarische, undifferenzierte, unspezifizierte, unsubstantiierte Anwendung gegenüber der Gesetzgebung überfordert würde. Damit ist im Grunde auf das unbestimmbare Willkürverbot Bezug genommen. Von dort her

---

1) BVerfGG: 3/225 (240); 6/55 (71); 9/237 (248); NJW 62/437 (438).

2) Nach Geiger, Gleichheit S.173, erübrigt es sich, festzustellen, daß ein Gesetz gegen den Gleichheitssatz verstößt, wenn es einer Auslegung fähig ist , die mit dem Gleichheitssatz zu vereinbaren ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Möglichkeit bereits von einem der Beteiligten gesehen worden ist; denn innerhalb eines Verfassungsrechtsstreites sind die Beteiligten nur insoweit Herr des Verfahrens, als sie den Anstoß dazu geben. Hierauf ist aber allein das Gericht Herr des Verfahrens. (Geiger, Komm.§ 26 Anm. 1; Lechner, Komm.§ 26 zu Abs. 1 Anm.1) - Soweit diese Auslegung mit dem Gerechtigkeitsprinzip als allein gerechte übereinstimmt, ist gegen die Auffassung nichts einzuwenden; soweit damit aber gesagt sein soll, daß es mehrere Möglichkeiten gibt, die im Ergebnis gleichwertig nebeneinander stehen, ist diese Auffassung von dem hier vertretenen Standpunkt aus abzulehnen, da sie auf dem quantitativen Unterschied von Willkür und Ungerechtigkeit beruht, dessen Grenzen nicht zu bestimmen sind.

3) Vergl. Fuss JZ 59/336; Geiger, Gleichheit S.173; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm. III 4 c.

gesehen ist dieser Auffassung ohne Bedenken zuzustimmen; denn wenn die vorgelegte Norm spezielle Ausgestaltungen des Gleichheitssatzes oder auch andere Normen der Verfassung berührt, ist es für den Richter leichter, einen Verstoß gegen diese Vorschriften nachzuweisen als eine willkürliche Handlung des Gesetzgebers selbst im objektiven Sinne. Eine leichtere Feststellung wird man selbst dann noch bejahen dürfen, wenn es sich um Begriffe wie z.B. den der Sozialstaatlichkeit handelt. Neben diesem reinen Praktikabilitätsgrundsatz steht dann noch, soweit die konkreten Ausgestaltungen des Gleichheitssatzes in Betracht stehen, die Maxime, daß die Spezialvorschrift die nachträgliche Anwendung der allgemeinen ausschließt, weil diese in der speziellen Regelung enthalten ist.

Aber auch wenn man den Gleichheitssatz nicht als Verbot einer willkürlichen Handlung des Gesetzgebers auffaßt, sondern wie hier als Verbot, eine andere als die allein gerechte Lösung zu treffen, muß man dem Grundsatz, daß Art. 3 Abs. 1 Auffanggrundrecht ist, zustimmen; denn wenn sich auch aus der Art der zu regelnden Materie jeweils für den Einzelfall das Gerechtigkeitsprinzip ermitteln läßt, so besteht für den Richter doch nicht die Verpflichtung, bei mehreren Möglichkeiten gerade das schwierigste Verfahren zu wählen, bei dem Fehler leichter unterlaufen können, zumal es auch gegen Urteile des BVerfG keine Rechtsmittel gibt. Soweit jedoch Begriffe wie z.B. die Sozialstaatlichkeit mit dem Gleichheitssatz in "Konkurrenz" stehen, sollte man eine Prüfung an Hand des Art.3 Abs. 1 GG vorziehen, da Begriffe dieser Art nur sehr wenig Konkretes enthalten.

b) Eingriffsberechtigung bei Überschreitung der äußersten Grenzen des Ermessens

Nach der Rechtsprechung des BVerfG [1] ist der Verfassungsrichter nicht befugt, Regelungen unter dem Gesichtspunkt

---

1) BVerfGE: 3/19 (25); 3/58 (135); 3/162 (182); 3/288 (337); 9/201 (206); 9/334 (337); 11/105 (123).

der allgemeinen Gerechtigkeit zu prüfen, sondern nur, ob der Gesetzgeber die äußersten Grenzen seines Ermessens eingehalten hat.

Das Problem liegt hier wieder in der Frage, ob das Gerechtigkeitsprinzip und die Handlungsfreiheit (Ermessen) im Rahmen der Forderung nach Gleichbehandlung miteinander zu vereinbaren sind. Daß eine Untersuchung unter dem Gesichtspunkt der sogenannten allgemeinen Gerechtigkeit nicht möglich ist, erscheint zwar einleuchtend, da man keine allgemeinen Regeln für das, was gerecht ist, aufstellen kann; aber so ist der Ausdruck des BVerfG wohl auch nicht zu verstehen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß dieses Gericht sonst im Zusammenhang mit der Handlungsfreiheit (Ermessen) des Gesetzgebers von mehreren jeweils eine Sache betreffende gerechten Lösungen spricht [1], wird man dem Begriff der allgemeinen Gerechtigkeit auch in diesem Sinne hier verstehen müssen; denn nur eine so verstandene Gerechtigkeit läßt sich mit einer Handlungsfreiheit des Gesetzgebers vereinbaren. Dieser Auffassung kann aber nach den im Rahmen dieser Untersuchung entwickelten Grundsätzen nicht zugestimmt werden, da innerhalb des Gleichheitssatzes der Gesetzgeber verpflichtet ist, die allein gerechte Lösung zu treffen und damit eine Handlungsfreiheit nicht zu vereinbaren ist [2]. Hinzu kommt noch, daß durch die Einräumung einer Handlungsfreiheit die Gebundenheit des Gesetzgebers an Art. 3 Abs.1 GG mindestens erheblich abgeschwächt wenn nicht gar im Grunde aufgehoben und in eine prinzipielle Freiheit umgewandelt wird, die nur durch äußerste Grenzen eingeschränkt wird.

---

1)BVerfGE: 3/162 (182); als Beispiel.
2) Müller, Gebhard, S.4o lehnt es, jedoch ohne nähere Begründung, ab, daß das Gericht seine Auffassung über die bestmögliche Gerechtigkeit an die Stelle der verantwortlichen Staatsorgane setze.

c) Keine Berichtigung oder Ergänzung der vorgelegten Vorschrift

Das BVerfG hat weiter den Grundsatz aufgestellt, daß die Entscheidungen des Verfassungsrichters nur auf eine Aufhebung, nicht dagegen auf eine Berichtigung oder Ergänzung lauten dürften [1].

Diese Auffassung wird damit begründet, daß eine auf Art.3 GG gestützte Entscheidung die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nach Möglichkeit wahren müsse. Grundsätzlich müsse der Gesetzgeber darüber zu befinden haben, in welcher Weise er durch eine Neuregelung dem Gleichheitssatz Rechnung zu tragen habe. Nur dann, wenn der Verfassungsrichter mit Sicherheit annehmen könne, daß der Gesetzgeber bei Beachtung des Art.3 GG die verbleibende Fassung gewählt habe, dürfe er nur einen Teil einer Bestimmung für nichtig erklären [2].

Zunächst ist hierzu zu bemerken, daß es sich auch nach den Grundsätzen des BVerfG bei der Teilaufhebung nicht um eine Ausnahme von dem Prinzip: keine Berichtigung - keine Ergänzung handeln kann, so wie offenbar das BVerfG hier annimmt; denn theoretisch ist der Gesetzgeber auch trotz einer Teilaufhebung in der Lage, den aufgehobenen Teil in einer Zusatzregelung neu zu fassen. Wenn die moralische "Bindung", die Vorschrift nach der Teilaufhebung so zu belassen, schon eine Ausnahme dieses Prinzips bedeutete, wäre dieses von vornherein utopisch, da durch die Angabe der Gründe, die zur Aufhebung der jeweiligen Vorschrift führten, dem Gesetzgeber praktisch immer gesagt wird, wie die neue Regelung aussehen muß, um mit dem Gleichheitssatz übereinzustimmen.

Obwohl im Rahmen dieser Untersuchung eine Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, soweit sie den Gleichheitssatz

---

1) BVerfGE: 3/58 (136); 6/257 (265); 8/26 (36 f.); 9/291 (3o2).
2) BVerfGE: 8/26 (36 f).

betrifft, abgelehnt wird, behalten die Grundsätze der Gewaltenhemmung ihre uneingeschränkte Gültigkeit; denn es würde ein unzulässiger Eingriff in die Befugnisse des Gesetzgebers sein, wenn das BVerfG in seiner Entscheidung die Möglichkeit einer Neuregelung durch den Gesetzgeber beseitigen würde.

3. Justiziabilität des Art. 3 Abs. 1 GG

Jede Tätigkeit eines Richters, soweit sie in Ausübung seines richterlichen Amtes erfolgt, betrifft eine objektive Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten nach positiven, im voraus festliegenden allgemeinen Regeln, d.h. in Anwendung des geltenden objektiven Rechts [1]. Diese Regeln sind in den meisten Fällen durch den Gesetz- oder Verfassungsgeber genau ausgestaltet, so daß der Richter ohne Mühe den ihm vorgelegten Sachverhalt daran messen kann. Die richterliche Tätigkeit erschöpft sich aber nicht in der Anwendung dieser eindeutigen und konkreten Normen, sondern er muß in gleicher Weise auch Sachverhalte an sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffen messen und zwar durch Auslegung; denn unter den unbestimmten Rechtsbegriffen versteht man die wertausfüllungsbedürftigen Begriffe, die zwar mehrere Deutungen zulassen, für die aber nach der Intention des Verfassungs- oder Gesetzgebers nur eine Auslegung die richtige ist [2], während im Gegensatz dazu beim Ermessen mehrere richtige Auslegungen denkbar sind.

Um die Justiziabilität des Gleichheitssatzes bejahen oder verneinen zu können, stellt sich somit erneut die Frage nach dem Rechtscharakter dieser Vorschrift. Diese ist oben [3] als subjektives öffentliches Recht in der Form des negativen Staatsrechtes definiert worden. Damit ist aber noch nichts über die Justitiabilität gesagt;

---

1) Wolff, HJ., Verw.R. I § 19 I 1.
2) Geiger, Komm. Vorbem. 4 vor § 63 (S.2o6); vergl. dazu auch Wolff HJ., Verw.R. I § 31 I c. Eine Auseinandersetzung mit der neueren Lehre würde den Rahmen dieser Untersuchung übersteigen.
3) Vergl. S.8.

denn ein subjektives öffentliches Recht im negativen Status kann theoretisch sein: Abwehrrecht in konkreter Form, in auszufüllender Form mit nur einer richtigen Lösung oder mehreren richtigen Lösungen, wobei eine Verletzung der Schutzsphäre des einzelnen im letzten Falle erst beim "Ermessensmißbrauch" vorliegt.

Daß der Gleichheitssatz kein konkret faßbares Abwehrrecht darstellt, ergibt sich bereits aus seinem Wortlaut und seinem Inhalt, der erst im Zusammenhang mit einer konkreten Regelung Gestalt annimmt [1].

Aus dieser notwendigen Verbindung des Gleichheitssatzes mit einer konkreten Regelung ergibt sich, daß es sich um ein Abwehrrecht mit auszufüllender Norm handeln muß. Es muß also jeweils ermittelt werden, was in Anwendung des Gleichheitssatzes auf einen konkreten Sachverhalt, der durch spezielle Interessengruppierungen und besondere Umstände charakterisiert ist, dem Gerechtigkeitsprinzip letztlich entspricht [2]. Dabei soll aber nicht verkannt werden, daß es schwierig ist, den Inhalt des Gleichheitssatzes zu konkretisieren. Dieses ist jedoch nicht schwieriger als etwa die Ermittlung dessen, was gegen die guten Sitten verstößt, was unvereinbar ist mit Treu und Glauben, was die nach Art.1 Abs.1 GG unantastbare Würde des Menschen von der Exekutive oder Legislative fordert, was unvereinbar ist mit dem Sozialstaatsprinzip usw. [3]. Diese Ermittlung ist aber nicht eine gestaltende oder schöpferische Entscheidung, die mit Interpretation oder Ausdeutung nichts mehr zu tun hat [4]; denn das wäre dann der Fall, wenn der

---

1) Vergl. Buchholz S.38.
2) Wolff, Rechtsgrundsätze S.44.
3) Geiger, Gleichheit S. 168.
4) Leibholz, Strukturprobleme S.7; ders. JW 29/3o44 sieht einerseits in der Anwendung des Gleichheitssatzes ein rechtsschöpferisches Werturteil, andererseits aber ein an die Normen oder doch das Normensystem gebundene und damit im Grunde genommen rechtsanwendende Tätigkeit. Nach Leisner wertet der Richter auch sonst oft selbst unter Berücksichtigung der allgemeinen Anschauungen (S.358).

Richter nach eigenem Dafürhalten die näher umschriebenen Kriterien zusammenfügen würde. Vielmehr entnimmt er diese hier aus den konkreten Fällen, was für eine Interpretation typisch ist. Man kann deshalb den Autoren [1] nicht folgen, die Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes die mangels einer konkreten Aussage verneinen und seine Rechtsanwendung auf die Konkretisierungen beschränken wollen. Diese Beschränkung hätte außerdem zur Folge, daß die Teilgebiete, die von den Konkretisierungen des Gleichheitssatzes nicht erfaßt werden, schutzlos bleiben würden [2].

Frage ist nun weiter, ob es sich bei Art.3 Abs.1 GG um eine Norm handelt, die im konkreten Fall nur eine Lösung als die richtige ausweist oder aber mehrere Möglichkeiten gestattet; denn in beiden Fällen handelt es sich zunächst einmal um eine rechtsanwendbare Norm, nur mit dem Unterschied, daß im letzten Falle nur der extreme Mißbrauch geahndet werden kann.

Geht man davon aus, daß bei der auszufüllenden Norm mehrere richtige Lösungen denkbar sind und damit der Gleichheitssatz bei ein und derselben Regelung mehrere "richtige" Inhalte haben kann, so würde die Wahl einer dieser Möglichkeiten auf der Handlungsfreiheit des Gesetzgebers beruhen. Damit wird aber die Justiziabilität des Gleichheitssatzes sehr zweifelhaft; denn wie im Verwaltungsrecht der Begriff des Ermessens, der mehrere richtige Lösungen zuläßt, nicht nachprüfbar ist, kann man auch bei Entscheidungen des Gesetzgebers, die im Rahmen seiner Handlungsfreiheit liegen, keine Nachprüfungen im eigentlichen Sinne anstellen. Nachprüfbar wäre daher allenfalls der Mißbrauch der Handlungsfreiheit, der nur in den extremsten Fällen festgestellt werden könnte [3]; denn bei den weniger extremen

---

1) Fuss JZ 59/338; Böckenförde S.78 f.; Hesse AöR n.F. Bd.77 S. 167 ff.; Ipsen, Gleichheit S.156 ff., bes.S.166 u.189; Scheuner DVBl. 52/615; Thoma DVBl. 51/457 ff.
2) Westermann S.24 f.; Dix S.19.
3) So statt vieler Ipsen, Prüfungszuständigkeit S.814 f.

besteht immer die Gefahr, daß der Richter bereits seine Meinung an die Stelle des Gesetzgebers setzen würde und damit in dessen Handlungsfreiheit eingriffe. Da es aber nicht die extremsten Fälle sind, die nach einer Lösung verlangen, wird unter diesen Möglichkeiten der Gleichheitssatz nur sehr selten Justitiabilität erlangen können [1]. Von daher ist es dann auch verständlich, wenn das BVerfG den Gleichheitssatz nur dann als verletzt ansieht, wenn die Regelung willkürlich ist, d.h. die äußersten Grenzen der Gerechtigkeit nicht mehr eingehalten sind, so daß die Behandlung zusammenhangslos erscheint; denn nur in diesen Fällen hat der Gleichheitssatz einen "eindeutigen" Inhalt, der ihn rechtsanwendbar, d.h. justitiabel macht. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hilft auch die Auffassung DÜRIG's [2] nicht weiter, daß die richterliche Beurteilung nicht im Nachdenken der inneren Zusammenhänge bestehen dürfe, die zu diesem Staatsakt geführt hätten, sondern in derem Zuendedenken, wobei sich dann herausstelle, ob der Staatsakt durch sachgerechte Gesichtspunkte getragen werde; denn auch bei einem solchen Zuendedenken kann man nur für die extremsten Fälle einen eindeutigen und justitiablen Gleichheitssatz gewinnen.

Dieses Ergebnis ist aber mit dem Wesen eines Grundrechts, wie es Art.3 Abs.1 GG darstellt, nicht zu vereinbaren; denn das Grundrecht, verstanden als Abwehrrecht des Individuums gegenüber der Macht des Staates, darf nicht nur für die schärfsten Eingriffe einen praktikablen, d.h. für den Richter brauchbaren Maßstab abgeben. Justitiabel muß der Begriff für alle Fälle des Eingriffs sein, für die leichten und zweifelhaften wie für die schweren. Das ist aber nur möglich, wenn der Richter nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt für jeden Fall den Inhalt des Gleichheitssatzes bestimmen kann, ohne in eine Handlungsfreiheit des Gesetzgebers eingreifen zu müssen. Das ist aber nach

---

1) Vergl. dazu Fuss JZ 59/331; Ipsen, Gleichheit S.166; Küchenhoff JR 59/282 1.Sp.
2) Dürig, Gleichheit S. 987.

der Auffassung des BVerfG und der herrschenden Lehre nicht denkbar, weil die Handlungsfreiheit einerseits und die Überprüfbarkeit für jeden Fall miteinander nicht zu vereinbaren sind. Das Problem läßt sich nur so lösen, daß man eine Handlungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen des Gleichheitssatzes verneint, wie es bei der Untersuchung der Frage, wann der Gleichheitssatz verletzt ist, geschehen ist. Auf diese Weise sind dem Richter die Mittel gegeben, vergleichbar den unbestimmten Rechtsbegriffen, den Gleichheitssatz für den ihm vorgelegten Fall an Hand des Gerechtigkeitsprinzips, das seinen Inhalt durch die Art der zu regelnden Materie bekommt, so zu konkretisieren und damit justitiabel zu machen, daß er beurteilen kann, ob der Sachverhalt zu recht oder unrecht von der betreffenden Vorschrift mitgeregelt bezw. herausgelassen worden ist. Damit ist auch für den Gleichheitssatz die Frage der Justitiabilität zu bejahen.

4. Politisierung des BVerfG

Wenn der Richter in den jeweiligen Fällen feststellt, ob der Gleichheitssatz durch die vorgelegte Vorschrift verletzt ist oder nicht, stellt sich damit die Frage, ob ihm hierdurch nicht eine politische Aufgabe übertragen worden ist, die mit der Wesen der Rechtsprechung, die nach Art.2o Abs.3 GG allein an die Gesetze und das Recht gebunden ist, nicht zu vereinbaren ist.

Grundlage für die Entscheidungen des BVerfG ist die Verfassung. Diese ist jedoch eine mehr oder minder klare, mehr oder minder scharf umrissene, aber auch mehr oder minder mit Mängeln behaftete Grundkonzeption einer politischen, sozialen und geistigen Gesamtordnung unseres Lebens, aus der in concreto die Ordnung nicht einfach abgelesen werden kann [1]. Die Aufgabe des BVerfG besteht deshalb zwangsläufig in einem Weiterdenken des Willens der Verfassung aus ihrem Geiste heraus. Hieraus wird nun der

---

1) Drath (9), S. 93.

Schluß gezogen, daß das BVerfG eine aktive politische Funktion wahrnehme, indem es durch seine Tätigkeit maßgeblich an der Gestaltung der Grundlage unseres politischen und sozialen Lebens beteiligt sei [1) 2)].

Zur Frage, inwieweit bei Entscheidungen des BVerfG politische Gesichtspunkte mit im Spiele sind, werden die verschiedensten Ansichten vertreten: Da die Substanz eines Streites vielfach politischer Natur sei, gewinne die Funktion des Verfassungsgerichtes notwendigerweise einen politischen Charakter, wenn es auch die Entscheidung justizförmig einkleide [3)]. Politische Fragen seien solche, für die keine Rechtsnormen bestehen; das Politische habe deshalb den Charakter des a priori juristisch nicht Faßbaren, des rechtlich nicht Meßbaren [4)]. Die politische Macht könne sich auch in anderer Weise als in effektiven Rechtsnormen auswirken, aber es sei eine unbestreitbare Erfahrungstatsache, daß im Staat positives Recht und Politik zusammengehören [5)]. - Diese Beispiele, die noch vermehrt werden könnten, leiden daran, daß der Begriff des Politischen nicht einschichtig, sondern mehrschichtig ist, und daß bei den einzelnen Meinungen nicht gesagt wird, welche Schicht im einzelnen gemeint ist.

Unter dem Begriff des Politischen versteht man: im ganz allgemeinen Sinne eine Bezogenheit auf die Polis, das Gemeinwesen, den Staat; ferner eine auf die Belange des

---

1) Drath (9) S.95.
2) Daraus kann man nicht den Schluß ziehen, daß die Verfassungsgerichtsbarkeit deshalb der übrigen Gerichtsbarkeit wesensungleich sei (Drath (9) S.96; Koellreuter S.213 f.). Wie sich aus Art.2o Abs.3 GG ergibt, ist das BVerfG wie die übrigen an Gesetz und Recht gebunden.
3) Loewenstein, Verfassungslehre S.261; vergl. auch Nawiasky (9) S.123.
4) Kaufmann (9) S. 6 u.8. Vergl. auch Leibholz, Strukturprobleme S.287: Die politischen Entscheidungen unterscheiden sich von den reinen Gerechtigkeitsentscheidungen durch ihre ausschließliche Zweckbestimmtheit und ihre mangelnde Rechtsmotivation.
5) Wengler S.5

Gemeinwesens gerichtete Tätigkeit und schließlich das Ringen derjenigen Kräfte, aus deren Mit- und Gegeneinander die Lebens- und Organisationsformen der Gemeinwesen und ihr Verhältnis zueinander erwachsen [1].

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich zunächst einmal grundsätzlich, daß Recht und Politik sich nicht widersprechen; soweit die Tätigkeit des BVerfG p o l i t i s c h ist, wie sie im ganz allgemeinen Sinne auf das Gemeinwesen bezogen ist, ist es keine gerichtsfremde Tätigkeit; denn als Organ des Staates ist das BVerfG wie die übrigen Gerichte zwangsläufig bei allen Handlungen auf die Existenz des Staates bezogen. So ist es mit richterlicher Tätigkeit zu vereinbaren, daß die jeweiligen Handlungen auf die Belange des Gemeinwesens gerichtet sind; denn auf diesem Sektor liegt ihre eigentliche Aufgabe, dazu beizutragen, die Ordnung innerhalb des Gemeinwesens aufrecht zu erhalten [2]. Dagegen würde eine Tätigkeit des BVerfG, soweit es sich dabei um eine Beteiligung an dem Ringen derjenigen Kräfte handelt, aus deren Mit- und Gegeneinander die Lebens- und Organisationsformen der Gemeinschaft und ihr Verhältnis zueinander erwachsen, kaum mit einer richterlichen Tätigkeit zu vereinbaren sein; denn allgemein gesagt, ist der Richter nicht befugt, neues Recht zu gestalten, sondern nur die Grenzen bestehenden Rechts festzustellen [3]. Damit steht nichtim Widerspruch, daß alle verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zumindest de facto für das Ganze wirken und zumeist unwiederholbar sind [4].

---

1) Hesse AöR n.F.Bd.77 S.187.
2) Daß die Tätigkeit des BVerfG hierbei wegen der Überprüfung von Staatshandlungen stärker ist, als die etwa der ordentlichen Gerichte, soll nicht verkannt werden. Mit Recht hat Nawiasky (9) S.122 die Ansicht vertreten, daß, wenn einem Gericht durch das Verfassungsrecht eine solche Aufgabe übertragen worden sei, es diese auch vollziehen müsse. Nach Wengler S.59 f. ist es vom Recht her gesehen ein Mißbrauch der Rechtsnorm, wenn man sie als bindend verkündet, aber ihre objektive richtige Anwendung im Einzelfall durch eine unabhängige Instanz mit der Behauptung, es handle sich um eine politische Entscheidung (verstanden in der letzten Form des Begriffs), hindern will.
3) Scheuner, Festschrift S.274 f.; ders.DVBl.52/295 f.;Wagner DRiZ 61/283
4) Arndt DVBl.51/298.

Gerichtliche Entscheidungen setzen vielmehr voraus, daß objektive Rechtssätze bestehen und daß die zu subsumierenden im Spiele stehenden Interessen objektiv übersehbar sind. Dabei sind objektiv n i c h t übersehbar alle diejenigen Interessen und Interessenwerte, deren Beurteilung von einer Zukunftserwartung, von der bloßen Vermutung zukünftiger Entwicklung abhängen und für die auch die allgemeine Lebenserfahrung keine sichere Prognose gestattet [1]. Politisch tätig werden kann das BVerfG deshalb nur in den ersten beiden Fällen: denn sobald es seine politisch sachlichen Erwägungen an die Stelle der davon abweichenden Erwägungen des Gesetzgebers setzt, überschreitet es seine "politischen" Befugnisse [2]. Nun ist zwar zuzugeben, daß die Grenze zwischen den ersten beiden Schichten und der letzten Schicht des Begriffes nicht in allen Fällen sauber zu ziehen ist, da gerade das BVerfG mit seinen Entscheidungen das gesamte Rechtsleben beeinflußt und damit mittelbar auch auf die Meinung des Gesetzgebers einen mehr oder weniger starken Einfluß ausübt. Damit ist es aber noch nicht direkt an dem näher bezeichneten Ringen beteiligt; denn die Lebens- und Organisationsformen werden von ihm nicht unmittelbar mitgeschaffen, sondern die bereits geschaffenen werden an Hand der Verfassung von ihm überprüft. Anders könnte es aber bei z.B. dem allgemeinen Gleichheitssatz sein, dessen Inhalt für jeden Einzelfall erneut bestimmt werden muß [3]. Hier könnte es sich u.U. dann um eine Beteiligung des BVerfG an dem Ringen handeln, wenn der Gesetzgeber bei der Auswahl, welche Individuen durch das Gesetz gleich behandelt werden sollen und welche nicht, eine politische Entscheidung im Bereich des Ringens, d.h. des objektiv nicht mehr Überschaubaren, treffen müßte, so daß auch jede Über-

---

1) Wolff H.J. (9) S.121.
2) Wintrich S.22.
3) So Drath (9) S.99.

prüfung durch das Gericht zu einer solchen werden müßte [1]. Dieser Ansicht kann man aber nicht zustimmen, da eine solche Auffassung das Verhältnis von Recht und Politik [2] unrichtig beurteilt. In einem Rechtsstaat bestimmt nicht die Politik, was gerecht ist, sondern die Gerechtigkeit, was im Einzelfalle politisch zulässig ist. Deshalb ist auch der Satz nicht richtig: daß die auseinandergehenden Auffassungen über das, was im konkreten Falle als gerecht zu gelten habe, oft auf politisch weit voneinander abweichenden Grundhaltungen beruhe [3]. Im Rahmen des Gleichheitssatzes wird die Politik durch die justitia distributiva begrenzt, die neben den Interessen des Einzelnen auch das bonum commune, dem die Politik dient, berücksichtigt. Was sie im einzelnen beinhaltet, richtet sich nach der Art der zu regelnden Materie. Damit ist aber oberster Grundsatz, nach der der Richter zu handeln und der Richter zu urteilen hat, das Gerechtigkeitsprinzip. Die Prüfung am Gerechtigkeitsprinzip ist jedoch eine typisch richterliche und keine politische Handlung verstanden als Beteiligung an den ringenden Kräften, die auf eine stark subjektiv gefärbte Entscheidung hinausläuft und dem Richter durch die totale Gleichheitsprüfung politische Verantwortung auferlegt [4]; denn politische Verantwortung im Sinne des Ringens kann man nur übernehmen, wenn man politisch entscheiden muß. Da aber der Gesetzgeber verpflichtet ist, nicht "eine" gerechte Lösung, sondern "die" allein gerechte Lösung zu treffen, handelt er hier nicht politisch im Sinne der dritten Möglichkeit. Deshalb entscheidet auch das BVerfG nicht politisch in diesem Sinne, wenn es das ihm vorliegende Ergebnis im Rahmen einer Streitigkeit würdigt. Sein Ergebnis ist dabei auch nicht stark subjektiv gefärbt, weil es sich bei der Art der zu regelnden Materie um ganz konkrete Wesensmerkmale und Gesetzlichkeiten handelt.

---

1) Apelt NJW 49/482; ders. JZ 51/358.
2) verstanden als Beteiligung an den ringenden Kräften des Staates.
3) so Apelt JZ 51/358.
4) so Fuss JZ 59/335.

B) Durch Akte der Rechtsanwendung

I. Rechtsprechung des BVerfG:

Das BVerfG hat in seinem Beschluß vom 23. XI.1951 - 1 BvR 208/51 [1] - zu diesem Komplex den Satz aufgestellt, wenn die Entscheidungen verschiedener Behörden zu denselben Bestimmungen auf einer verschiedenartigen Rechtsauslegung beruhen, darin noch kein Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG liege, sondern es sich in dem einen Falle um eine unrichtige Rechtsauslegung handeln könne.

II. Kritische Stellungnahme

Bevor auf die Frage des Verhältnisses von unrichtiger Rechtsauslegung und Verletzung des Gleichheitssatzes näher eingegangen werden kann, muß zunächst überprüft werden, ob die für die Rechtssetzung entwickelten Grundsätze für die Rechtsanwendung brauchbar sind.

1. Anwendbarkeit der entwickelten Grundsätze auf Handlungen der Rechtsanwendung

Soweit der Inhalt des Art. 3 Abs.1 GG begrifflich bestimmt worden ist als das Gebot an sämtliche Organe der Staatsgewalt, alle ihnen unterworfenen Individuen beim Vorhandensein eines gemeinsamen tertium comparationis in demselben Umfang und derselben Art und Weise zu begünstigen oder zu belasten, ist kein Grund dafür ersichtlich, daß dieses für die Rechtsanwendung nicht gelten soll. Dasselbe gilt für die Schutzwirkungen, d.h. alle Menschen, juristische Personen und politische Parteien sowie deren gleichgestellte Wählergruppen, können sich auf dieses Grundrecht berufen.

a) Ermessen

Abweichungen können sich aber hinsichtlich der Kriterien einer Verletzung ergeben und zwar vor allem, soweit es sich um den Begriff des Ermessens handelt. In den Fällen,

---

1) BVerfGE: 1/82 (85).

in denen die Organe der Rechtsanwendung die ihnen unterworfenen Individuen aufgrund konkreter Vorschriften gleich oder ungleich behandeln, liegt kein Spielraum vor, innerhalb dessen eine Ermessensbestätigung möglich wäre [1]. Anders könnte es aber in den Fällen sein, in denen der Gesetzgeber die ausführenden Organe ermächtigt, in geeigneten Fällen Ausnahmen von der Regel zuzulassen und ihnen zu diesem Zweck einen Ermessensspielraum einräumt [2]. Ohne auch an dieser Stelle in die Problematik des Ermessensbegriffs näher eingehen zu müssen, wird man im Anschluss an FORSTHOFF [3] folgenden Grundsatz aufstellen können: Das Ermessen gibt der Behörde eine Freiheit der Entscheidung; sie darf die von ihr für sachdienlich erachteten Maßnahmen ergreifen, um den in ihr Ermessen gestellten Wert zu verwirklichen. Ermessen bedeutet also: die Rechtsordnung läßt jedes für sachdienlich erachtete Mittel als rechtsmässig gelten. Dieses Ermessen ist überschritten, wenn die Verwaltungsbehörde die Grenze, die durch die Ermächtigungsnorm selbst gezogen ist und die, die die Ausübung des Ermessens in bestimmte Schranken weisen, überschritten werden [4]. Hierher gehören die Grundrechte, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck, ferner Rechtsnormen aus

---

1) Innerhalb dieses Rahmens gilt daher für die Verwaltung der Grundsatz, daß ihre jeweiligen Organe verpflichtet sind, Unterscheidungen zu unterlassen, die das Gesetz nicht gemacht hat und solche zu beachten, die das Gesetz in zulässiger Weise vorgenommen hat. Fleiner Giacometti S.408; Ipsen, Gleichheit S.147; Leibholz, Gleichheit S.88 ff.; ders. DVBl. 51/193 Anm.5; Mainzer S. 93 f.

2) Vergl. Ipsen, Gleichheit S. 147; Soweit Verwaltung und Rechtsprechung nach Ermessen oder in Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe handeln dürfen, steht ihnen fallweise eine Unterscheidung zu.

3) Forsthoff, Verw.R. S.84; vergl. auch Jesch AöR n.F.Bd.82, S.212.

4) Hieraus ergibt sich, daß die Ermessensausübung der rechtsanwendenden Organe einfach anwendbar ist, weil der Ermessensspielraum von der angewandten Norm durch den ihr innewohnenden Gesetzeszweck und teilweise sogar hinsichtlich der Mittelbestimmung näher konkretisiert wird, mag sich das Gesetz, das dem rechtsanwendenden Organ einen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum einräumt, auch mehr oder minder weitgefaßter Rechtsbegriffe und Generalklauseln bedienen. Fuss JZ 59/331.

dem Bereich des ermächtigenden Gesetzes selbst, die das Ermessen aus speziellen Gründen, aber insoweit auch grundsätzlich einschränken, und allgemeine Grundsätze des jeweiligen Sachbereichs [1].

Ist damit der im Rahmen der Behandlung der Rechtssetzung aufgestellte Gleichheitsgrundsatz noch zu vereinbaren, nach dem es nur eine allein gerechte Lösung geben kann? Zunächst ist zu betonen, daß es sich bei dem Ermessensbegriff nicht um einen Begriff handelt, der nur im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz möglicherweise aktuell werden kann, sondern um einen allgemeinen Begriff des Verwaltungsrechts, der für alle Bereiche dieses Gebiets Bedeutung erlangen kann. Da der Ermessensbegriff im Verhältnis zum Gleichheitsbegriff der allgemeinere ist, darf die Frage nicht lauten, ob der Gleichheitssatz mit dem Ermessensbegriff zu vereinbaren ist, sondern umgekehrt, ob der Ermessensbegriff im Rahmen des Gleichheitssatzes anwendbar ist.

Aufgabe der Verwaltungsorgane ist es, alle Unterscheidungen zu vollziehen, die vom Gesetzgeber als gewollt erscheinen. In diesem Gewollten sind Wertungen des Gesetzgebers enthalten, zu deren Verwirklichung es weiterer Wertungen bedarf, die sich in der Antwort auf die Frage ausdrücken, mit welchen Mitteln der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck am besten zu erreichen ist [2]; denn der Gesetzgeber, der im Verhältnis zu den Verwaltungsorganen nicht in so naher Berührung mit den zahlreichen Anwendungsfällen und -möglichkeiten seiner Regelung steht, kann vielfach nicht bis ins letzte vorherentscheiden, welche Wesensmerkmale der Individuen als Anknüpfungspunkte gewählt werden dürfen, um die allein gerechte Lösung zu verwirklichen [3]. Die allein

---

1) Vergl. Bender S.117 f.; Forsthoff, Verw.R. S.87; Jesch, AöR n.F. Bd. 82 S.209 f.
2) Mainzer S.100.
3) Federer S.17 m.w.Nachw.

gerechte Lösung liegt für den Gesetzgeber in solchen Fällen darin, die endgültige Entscheidung den Organen der Verwaltung zu übertragen. Wenn die Organe der Verwaltung in diesem Rahmen praktisch die Vorstellungen des Gesetzgebers weiter verwirklichen sollen, können ihnen nicht mehr Befugnisse dabei zustehen als dem Gesetzgeber selbst [1]. Das bedeutet, daß die Organe der Verwaltung ebenso wie der Gesetzgeber bei der Beantwortung der Frage, ob eine Ausnahme von der Vollziehung der Norm geboten ist oder nicht, keine Wahlmöglichkeit zwischen mehreren richtigen Lösungen haben [2], sondern die nur allein gerechte Lösung treffen müssen. Diese läßt sich ebenso wie beim Gesetzgeber aus der Art der zu regelnden Materie ermitteln. Ob das zu erreichende Ziel tatsächlich erreicht worden ist, muß im Streitfall der Richter entscheiden. Die Auffassung MAINZER's [3], daß die Bürger nicht vor der sie treffenden Ausnahme, sondern nur vor dem die Ausnahme fordernden Gesetz mit allen anderen gleich seien, ist nicht zutreffend.
Das würde zur Folge haben, daß der Gleichheitssatz nicht bis in die letzten Anwendungsmöglichkeiten der jeweiligen Vorschrift Geltung hätte, sondern dem Gleichheitssatz bereits mit der Möglichkeit, Ausnahmen zu schaffen, genüge getan wäre.

---

1) So hat das BVerfG (12/281 (296)) erklärt, daß soweit Ausnahmegenehmigungen erteilt werden müssen, die Exekutive auch an den Gleichheitssatz gebunden sei.
2) So im Ergebnis auch v.Kraus S.71: Aufgrund der Bindung des Art. 1 Abs.3 GG ist auch der Gesetzgeber nicht befugt, die Rechtsgleichheit und die Notwendigkeit der Maßnahme zur freien Ausgestaltung der Verwaltung zu stellen. Normen, die sich auf die Anordnung des Erforderlichen beschränken, müssen daher als Rechtsbegriffe aufgefaßt werden, d.h. dürfen kein Ermessen einräumen.
3) Mainzer S. 1oo.

b) Selbstbindung der Verwaltung

An die voraufgegangene Prüfung des Ermessens schließt sich die Frage nach der Selbstbindung der Verwaltung hinsichtlich länger andauernder Verwaltungsausübung. Eine Selbstbindung kann z.B. für die Praxis insofern bestehen, als sie besagt, welche Fälle unter die jeweilige Ausnahme zu rechnen sind, d.h. was als allein gerecht angesehen wird, und bei der Praxis, wie die ausgenommenen Fälle behandelt werden müssen [1].

Soweit es sich dabei um die Auswahl des Personenkreises handelt, der von der allgemeinen Regelung ausgenommen werden soll, kann sich aufgrund der Vorstellung von der allein gerechten Lösung eine Verwaltungspraxis herausbilden. Daß diese unter allen Umständen beibehalten werden muß, da sonst der Gleichheitssatz verletzt würde, kann aus Art.3 Abs.1 GG nicht gefolgert werden. Wenn sich vielmehr bei der Handhabung dieser Praxis herausstellt, daß sie nicht oder nicht mehr der allein gerechten Lösung entspricht, so muß das betreffende Organ der Rechtsanwendung von der bisherigen Praxis abgehen und kann nicht durch den Gleichheitssatz gezwungen sein, daran festzuhalten, da das Gerechtigkeitsprinzip über der Gleichheit steht [2] [3].

Ebenso ist es in den Fällen, in denen die Organe der Verwaltung die ausgenommenen Individuen in einer bestimmten Weise behandeln und sich so eine Verwaltungspraxis herausgebildet hat. Wenn z.B. ein Gesetz oder eine Verordnung für ein bestimmtes Gebiet die zweigeschossige Bauweise

---

1) Aldag S.66; Hamann, Rechtsstaat S.57; v.Münch AöR n.F. Bd.85 S.298 f.
2) Anders würde es nach der hier abgelehnten Auffassung sein, daß die Organe der Verwaltung mehrere gerechte Lösungen bei der Auswahl treffen könnten. Hier wird sich in der Regel eine derartige Praxis kaum bilden können.
3) Neben diesen Fällen im Rahmen des Ermessens ist die Verwaltung auch noch dann an ihre eigenen Regeln gebunden, wenn die gesetzlichen Vorschriften durch Richtlinien oder Verwaltungsanweisungen erläutert werden. Diese binden selbstverständlich die Gerichte nicht, jedoch werden sie insoweit rechtlich erheblich, wie eine solche Auslegung für den Staatsbürger günstig ist. Krüger DVBl. 55/210 f.

vorschreibt, in Härtefällen jedoch Ausnahmen zuläßt, so steht es im Ermessen der zuständigen Behörde, ob sie in Härtefällen eine vier-, fünf- oder mehrgeschossige Bebauung zuläßt. Diese Vielfalt von Möglichkeiten, die mit dem Gleichheitssatz zunächst nichts mehr zu tun haben, kann die Behörde durch ihr Verhalten einschränken und zwar durch eine sogen. Verwaltungspraxis, die ihren letzten Grund im Gleichheitssatz hat, der wiederum innerhalb der ausgenommenen Fälle eine Gleichbehandlung fordert, soweit die Gleichheitsmerkmale wesentlich sind. Innerhalb dieses Rahmens ist auch der Auffassung zuzustimmen, daß der Gleichheitssatz eine wichtige Schranke jeden Ermessens ist und daher von der so entstandenen Verwaltungspraxis nicht ohne Grund abgewichen werden darf, wobei die Gründe nicht in der Person des Begünstigten zu liegen brauchen, sondern sich auch aus einem Wandel der Art der zu regelnden Materie ergeben können [1].

c) Tätigkeit im Rahmen der Daseinsvorsorge

Der Inhalt eines an die Organe der Rechtsanwendung gerichteten Gleichheitsgebotes kann aber nicht ausschließlich in der gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes auf jedermann ohne Ansehen der Person erblickt werden. Zu erwähnen ist daneben vor allem die Gewährung von Gütern und Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge, soweit diese durch Einrichtungen, die in privatrechtlicher Form betrieben werden, gewährt werden. Aus dem Begriff der Daseinsvorsorge kann man nicht verallgemeinernd den Schluß ziehen, das an die Verwaltung als Leistungsträger gerichtete Gleichheitsgebot enthalte die Forderung schematischer Gleichheit, die Forderung, allen die lebensnotwendigen Güter und Leistungen zu gewähren, wobei der gleiche Eigenwert aller Menschen als tertium comparationis festgesetzt werden müsse [2]. Die Behandlung aufgrund des gleichen Eigenwertes aller Menschen mag zwar häufig der Fall sein,

---

1) Bachof JZ 51/119; Jesch AöR n.F. Bd.82 S.2o9; Mainzer S.1oo; Menger S.71.
2) Hesse AöR n.F. Bd. 77 S.22o f.

aber eine Verallgemeinerung ist nicht möglich; denn z.B. bei der Unterstützungspflicht, der Versorgung der Bedürftigen mit den lebensnotwendigen Gütern, besteht zwar innerhalb dieser Gruppe bezüglich des Umfangs sowie der Art und Weise der Begünstigung das Gebot schematischer Gleichbehandlung, wobei als tertium comparationis an den gleichen Eigenwert aller Menschen angeknüpft werden muß, aber tertium comparationis ist erst sekundär, da die Auswahl derjenigen, die unterstützt werden sollen, voraufgehen muß. Hierbei darf man aber nicht an den gleichen Eigenwert aller Menschen anknüpfen; denn das würde bedeuten, daß alle Menschen unabhängig von ihrer finanziellen Lage unterstützt werden müßten, wie etwa alle Menschen einer Gemeinde mit Energie versorgt werden müssen.

Abschließend ist festzustellen, daß es für das Gebiet der verwaltungsrechtlichen Tätigkeit, weder soweit sie in der Vollziehung von Normen besteht, noch soweit es sich um die Gewährung von Vorteilen im Rahmen der Daseinsvorsorge handelt, notwendig ist, einen besonderen Gleichheitsbegriff zu schaffen; denn in allen diesen Fällen gelangt man mittels des Gleichheitssatzes, verstanden als partielle Konkretisierung des Gerechtigkeitsprinzips, das seinen Inhalt aus der Art der zu regelnden Materie erhält, zu der allein gerechten Lösung und zwar sowohl bei der Auswahl der betreffenden Individuen als auch bei dem Umfang sowie der Art und Weise der Begünstigung oder Belastung.

2. Verhältnis von unrichtiger Rechtsauslegung und Verstoß gegen Art.3 Abs. 1 GG

Nachdem festgestellt worden ist, daß die Kriterien des Gleichheitssatzes, soweit sie für den Gesetzgeber maßgebend sind, auch für den Bereich der Rechtsanwendung Gültigkeit besitzen, kann an die Untersuchung des Verhältnisses zwischen unrichtiger Rechtsauslegung und einem Verstoß gegen Art.3 Abs.1 GG herangegangen werden.

Dieses Verhältnis soll zunächst beschränkt auf ein Organ der Rechtsanwendung untersucht werden, d.h. wenn eine Behörde eine Norm unrichtig auslegt, ist dann bereits der Gleichheitssatz verletzt? Wenn die unrichtige Auslegung einheitlich geschieht in der Form, daß bei allen, auf die das Gesetz zutrifft, diese unrichtige Auslegung angewandt wird, so fehlt es innerhalb dieses Rahmens überhaupt an einem Vergleichsgegenstand, hinsichtlich dessen die unrichtig Behandelten auch ungleich behandelt worden sein könnten. Für diesen Fall scheidet deshalb eine Verletzung des Gleichheitssatzes aus.

Wenn ein und dasselbe Verwaltungsorgan dieselbe Vorschrift einmal richtig und einmal falsch auslegt, besteht ein Vergleichspaar, das unterschiedlich behandelt worden ist. Hier muß unterschieden werden, ob es sich um eine konkrete Vorschrift handelt oder um eine, die durch eine zusätzliche Entscheidung der Rechtsanwendungsorgane erst konkret gemacht werden muß. Soweit in dem ersten Fall eine konkrete Norm unrichtig ausgelegt worden ist, hat die Regelung, die auf dieser Auslegung beruht, eine tatsächliche Ungleichheit geschaffen, wo das Gesetz selbst Gleichbehandlung vorgeschrieben und keine Möglichkeit für Ausnahmen eingeräumt hatte. Damit ist auch der Gleichheitssatz verletzt.
Da aber alle Entscheidungen, die angegriffen werden, zunächst an Hand der Normen nachgeprüft werden müssen, auf denen sie beruhen, kann sich ein Vorgehen zunächst nur auf diese stützen. Das ergibt sich aus § 9o Abs.2 i.Verb. m. § 13 BVerfGG; denn nach diesen Vorschriften ist der Rechtsweg zum BVerfG, gestützt auf die Verletzung eines Grundrechts, erst nach Erschöpfung des normalen Rechtswegeszulässig und zwar dann begründet mit der Verfassungswidrigkeit der der Regelung zugrunde liegenden Vorschrift oder der Regelung selbst [1]; denn öffentliche Gewalt in § 9o Abs.1

---

1) Eine Ausnahme besteht nach § 93 Abs.2 BVerfGG nur in den Fällen, in denen ein normaler Rechtsweg gegen den betreffenden Hoheitsakt ausgeschlossen ist.

BVerfGG bedeutet jedes hoheitliche Handeln irgendeines Verfassungsorgans, einer Behörde, eines Gerichts sowie eines einzelnen Amtsträgers oder Beamten. Dazu gehören Akte der Verwaltung ebenso wie Akte der Gesetzgebung und der Rechtsprechung [1].

Ebenso verhält es sich auch in den Fällen, in denen die Regelung des Gesetzgebers, bevor sie auf einen Fall angewandt werden kann, erst durch Handlungen der betreffenden Verwaltungsorgane konkret gemacht werden muß. Auch hier kann der Erlaß der Behörde nicht sofort vor dem BVerfG mit der Begründung einer Grundrechtsverletzung angefochten werden. Auch hier muss zunächst der Erlaß angefochten werden, der dann zwangsläufig zu einer Uberprüfung der voraufgegangenen Konkretisierung führt, jedoch nicht in verfassungsrechtlicher Sicht, sondern lediglich auf einen Mißbrauch der eingeräumten Befugnis.

Die Frage ist nun, ob sich dann etwas ändert, wenn verschiedene Behörden denselben Rechtssatz unterschiedlich auslegen. Soweit das BVerfG in diesem Fall die Verletzung des Art.3 Abs.1 damit verneint, daß in einem Falle eine unrichtige Auslegung vorliegen könnte, kann dem nicht zugestimmt werden. Diese Auffassung beruht auf der Begriffsbestimmung, nach der der Gleichheitssatz durch Willkürhandlungen verletzt wird, wobei die Willkür von der Ungerechtigkeit nur quantitativ verschieden ist. Vergleichbar dem obigen Beispiel, bei dem ein und dasselbe Organ einen Rechtssatz einmal richtig und einmal unrichtig auslegt, sind auch hier zwei Vergleichspaare vorhanden, bei denen eine unterschiedliche Behandlung erfolgt ist, jedoch durch zwei verschiedene Organe. Darin kann also kein Unterschied begründet liegen; denn wenn man bei der Auslegung eines Rechtssatzes berücksichtigt, daß die

---

1) Geiger, Komm. § 90 Anm.3; Lechner, Komm. § 90 Anm.zu Abs.2 Nr.2 vor a und zu Abs. 1 Nr. 2 b vor aa.

Organe dabei an den Gleichheitssatz gebunden sind, so kann auch nach der Auffassung des BVerfG vom Inhalt des Gleichheitssatzes eine Verletzung dieses Grundrechts mit der Begründung einer unrichtigen Auslegung nicht verneint werden; diese Auffassung besagt nämlich, daß der Gleichheitssatz den Organen der Verwaltung wie dem Gesetzgeber, soweit sie gesetzgeberische Tätigkeit im weitesten Sinne verrichten, einen Ermessensspielraum einräumt. Wenn sich die verschiedenen Auslegungen aber in den Grenzen dieses Ermessensspielraumes bewegen, davon ist hier auszugehen, da sonst der Gleichheitssatz verletzt wäre, so können sie nicht unrichtig sein. In dem anderen Fall aber, wenn den rechtsanwendenden Behörden bei der Auslegung eine konkrete Vorschrift vorliegt, müßte folgerichtig nach der Auffassung des BVerfG bei einer Regelung der Gleichheitssatz verletzt sein; denn wenn der Gesetzgeber gleiches Recht geschaffen hat, die Organe der Rechtsanwendung dieses aber nicht richtig auslegen und als Folge davon nicht richtig anwenden, schaffen sie insoweit Ungleichheiten. Das Gleichheitsgebot endet nämlich nicht mit dem Wirkungsbereich eines Organes, sondern gilt für alle Organe der Staatsgewalt einheitlich. So muß eine Behörde in Nordrhein-Westfalen den Rechtssatz eines Bundesgesetzes ebenso auslegen wie eine Behörde in Bayern; anderenfalls ist eine Auslegung unrichtig und damit der Gleichheitssatz verletzt.

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht, wenn man wie im Rahmen dieser Untersuchung innerhalb des Gleichheitssatzes ein Ermessen bezw. einen Handlungsspielraum verneint. Eine unrichtige Auslegung und die auf sie gestützte Regelung verstoßen immer gegen den Gleichheitssatz.

III. Erläuternde Entscheidung

Der erste Senat hat in seinem Beschluß vom 17.März 1959 - 1 BvR 53/56 [1] - zur Frage des Verordnungsrechts der Behörden im Verhältnis zum Gleichheitssatz die Meinung geäußert, daß es bei einer Polizeiverordnung sachgerecht sei, wenn diese ihre Gebote und Verbote an den in Erscheinung getretenen Mißständen ausrichte und auf ein Verbot dort verzichte, wo nach den bisherigen Erfahrungen das Auftreten von Polizeiwidrigkeiten nicht zu befürchten sei. Hierbei ist die Frage aufgeworfen, ob es dem Gleichheitssatz entspricht, wenn Gebote und Verbote nur für die Fälle ausgesprochen werden, in denen Mißstände aufgetreten bezw. zu befürchten sind oder ob diese nicht für alle nur denkbaren Fälle aufgestellt werden müssen. Bezüglich der Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes überhaupt treten hier insofern Bedenken auf, als die aufgetretenen bezw. nur möglichen Mßstände mit allen nur denkbaren Mißständen, wenn auch nur auf einem bestimmten Gebiet, miteinander verglichen werden sollen; denn Art.3 Abs. 1 GG, verstanden als Abwehrgrundrecht und seinem Wortlaut nach als Menschenrecht [2], kann nicht die Gleichbehandlung von Sachen, sondern nur von natürlichen Personen und den ihnen gleichgestellten Personenvereinigungen fordern. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß die Mißstände in aller Regel nicht durch sich selbst entstehen, sondern durch das Verhalten von Menschen hervorgerufen werden und sich deshalb die Gebote und Verbote im Grunde gegen diese richten.

Verordnungen werden z.B. nach § 2o OBG aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen und gelten danach für einen bestimmten Sachbereich. Innerhalb dieses

---

1) BVerfGE: 9/213 (222).
2) Zum Menschenrechtscharakter statt vieler: Böckenförde S. 26; v.Mangoldt-Klein Art.3 Anm. II 8.

Sachbereiches regeln sie eine unbestimmte Anzahl von Fällen gegenüber einem unbestimmten Personenkreis. Ob dabei als tertium comparationis an den Umstand angeknüpft wird, daß die Gruppe der Betroffenen bereits Mißstände verursacht hat bezw. dieses zu befürchten ist, etwa wegen ihres sonstigen Verhaltens, oder dieses nur denkbar ist, weil sie den äußeren Anknüpfungspunkten nach dazu in der Lage sind, Befürchtungen aber noch nicht bestehen, richtet sich nach der Art der zu regelnden Materie, wobei die Gefahren, die durch die Mißstände für die Allgemeinheit entstehen, von Bedeutung sein können. Da Verbote wegen der Freiheitsgarantie der Grundrechte nur an Mißstände anknüpfen dürfen, müssen die Fälle ausgenommen werden, in denen diese nicht unmittelbar zu befürchten sind.

C) Durch Akte der Rechtsprechung

I. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat in seinem Urteil vom 13.Juni 1952 -1 BvR 137/52 [1] - den Satz ausgesprochen, daß das einzelne Gericht nach Art.3 GG lediglich gehalten sei, ohne Ansehen der Person zu urteilen und auch bei der Zumessung der Strafe nicht willkürliche Unterscheidungen zu machen.

II. Kritische Stellungnahme

Daß der Gleichheitssatz auch durch gerichtliche Urteile verletzt werden kann, ergibt sich u.a. aus Art.1 Abs.3 GG, wonach die Grundrechte auch für die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht anzusehen sind [2]. Diese Verletzung ist nach der Ansicht des BVerfG in zwei Fällen möglich: bei der Beurteilung des Sachverhaltes und bei der Strafzumessung.

---

1) BVerfGE: 1/332 (345).
2) So im Ergebnis z.B. BVerfGE 2/336 (340); Wolff, Bernh. IöR n.F. Bd.7 S.117.

Hinter dem geltenden Gerichtsverfassungs- und Strafverfahrensrecht stehen die rechtsstaatlichen Verfassungsprinzipien des GG. Die verfassungsmässigen Grundrechte müssen daher bei der Auslegung und Anwendung der Strafverfahrensvorschriften ständig beachtet werden. Nur unter Beachtung dieses Grundsatzes kann die Anwendung der Strafprozeßordnung in verfassungsmässigem,d.h. rechtsstaatlichem Sinne erfolgen [1]. Daher gibt es kein anderes Ziel eines jeglichen Urteils für die Rechtspflegetätigkeit der staatlichen Organe als die Wahrheit und Gerechtigkeit [2], wobei das Ziel der Wahrheit sich auf die Erforschung des Sachverhaltes, das Ziel der Gerechtigkeit sich auf die zu beurteilenden Personen bezieht. Mit der Forderung nach Gerechtigkeit wird in dieses Verfahren auch der Gleichheitssatz eingeführt, da er das Gerechtigkeitsprinzip partiell konkretisiert. Aufgrund der Art der zu regelnden Materie, den verantwortlichen Täter für das von ihm Begangene zu richten, erhält dieses Prinzip den Inhalt, daß bei einer Beurteilung nicht auf die gesellschaftliche Stellung der betreffenden Person abgestellt werden darf, sondern nur auf den nach dem Ziel der Wahrheit ermittelten Sachverhalt, gleichgültig, wer als verantwortlicher Täter dahinter steht.

Die Auffassung des BVerfG, bei der Zumessung der Strafe dürfe nicht "willkürlich" unterschieden werden, ist, wie bereits mehrfach betont, nicht verwertbar, da der Inhalt dieses Begriffs wegen seines nur quantitativen Unterschiedes zur Ungerechtigkeit nicht eindeutig zu bestimmen ist. Auch hier kommt man im Grunde nur mit dem Gerechtigkeitsprinzip weiter. Dabei sind zwei Stationen zu betrachten: die Auswahl der Individuen nach dem Delikts- und

---

1) Schmidt, Rand Nr. 279.
2) Schmidt, Rand Nr.12.

dem Schuldumfang; ferner die gleichmässige Strafzuteilung nach Umfang sowie Art und Weise.

Bei der Feststellung des Schuldumfanges bekommen die Wesensmerkmale der Individuen Bedeutung, die zu der Tat selbst geführt haben, sowie die dabei entfaltete verbrecherische Energie. Innerhalb der danach zusammengefassten Gruppen muß gleich behandelt werden. Hierbei verlangt das Gerechtigkeitsprinzip in Bezug auf den Umfang der Strafe eine rein schematische Gleichbehandlung, die darin besteht, daß nicht der Wirkung nach die zu Bestrafenden unterschiedlich behandelt werden. Bezüglich der Art und Weise der Strafzumessung muss aber proportionale Gleichheit bestehen, da die schematische zu Ungerechtigkeit und Ungleichheit führen würde; denn wenn zwei Personen, die demselben Delikt- und Schuldumfang nach zu derselben Gruppe gehören, jeder zu DM 5oo.-- Geldstrafe verurteilt würden, so könnte das für einen weniger Begüterten eine harte Strafe sein, für einen Begüterten dagegen u.U. nicht. Die proportionale Gleichheit eröffnet es aber dem Richter, durch eine verschiedene Art und Weise einen schematisch gleichen Umfang der Wirkung zu erreichen. Dabei können die Vermögensverhältnisse und die Mentalität des Einzelnen von Bedeutung sein. Die Entscheidung, die der Richter damit in Zusammenhang zu treffen hat, steht nicht in seinem Ermessen, und zwar so verstanden, daß es für ihn mehrere Möglichkeiten gibt, die mit dem Gerechtigkeitsprinzip zu vereinbaren sind. Es gibt für ihn auch hier nur eine allein gerechte Lösung, die sich nach dem Zweck richtet, einen gleichen Strafwirkungsumfang zu erreichen. Ob ihm dieses im Ergebnis gelungen ist, kann dann ggf. in einer weiteren Instanz nachgeprüft werden.

Dieses Ergebnis erscheint vielleicht insofern auf den ersten Blick wirklichkeitsfremd, als bereits ein Urteil dann gegen den Gleichheitssatz verstoßen würde,

wenn in einem zunächst vergleichbar erscheinenden Fall die Strafe um etwa DM 1.-- zu hoch angesetzt wäre. Aus diesem Grunde könnte man geneigt sein, schon aus rein praktikablen Gründen der Auffassung des BVerfG zuzustimmen, nach der auch dem Richter für seine Beurteilung ein Ermessensspielraum zusteht. Diese rein praktikablen Gründe schlagen aber deshalb nicht durch, weil es in der weit überwiegenden Anzahl aller Fälle an einem Vergleichsfall fehlen wird; denn die grosse Anzahl der individuell verschiedenen Wesensmerkmale, -die gerade bei einer Bestrafung entsprechend dem Verschulden berücksichtigt werden müssen, liefern in den seltensten Fällen ein wirkliches Vergleichspaar. Hieran werden deshalb Anfechtungen feiner Nuancierungen des Strafmaßes scheitern. Es besteht daher kein Anlaß, von der erarbeiteten Meinung abzuweichen und sich der des BVerfG anzuschließen.- Diese Grundsätze gelten nicht nur für den Bereich des Strafprozesses, sondern, soweit sie mit den verfahrensrechtlichen Maximen der übrigen Prozeßrechte zu vereinbaren sind, auch für diese.

III. Erläuternde Entscheidungen

Erläuternd hat das BVerfG zu diesem Komplex den Satz aufgestellt, daß Art.3 Abs.1 GG nicht schon verletzt sei, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalte. Die Fehler müßten vielmehr bei verständiger Würdigung der das GG beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sein. Deshalb müßte sich dann der Schluß aufdrängen, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruhen [1].

Gegen diese Auffassung bestehen Bedenken, da darin der Satz enthalten ist, daß eine fehlerhafte Entscheidung sachgerecht sein könne. Das ist aber abzulehnen. Sachgerecht bedeutet hier der Gerechtigkeit entsprechend und zwar der Gerechtigkeit, die ihren konkreten Inhalt aus der Art der zu regelnden Materie erhält. Diese so verstandene Gerechtigkeit bestimmt im Rahmen des Gleichheitssatzes, welche Individuen gleich zu behandeln sind und wie innerhalb des ausgewählten Kreises zu verfahren ist. Da die gesetzlichen Vorschriften für die Form des Verfahrens und den Inhalt der Entscheidung der Art dieser zu regelnden Materie entsprechen - von ihrer Richtigkeit soll ausgegangen werden -, müssen Fehler, auch wenn sie gering sind, sachwidrig sein und deshalb auch den Gleichheitssatz verletzen. Auf das Gewicht des Fehlers kann es dabei schon aus praktischen Gründen nicht ankommen, da sich eine Grenze dafür, von welcher Bedeutung des Fehlers ab der Gleichheitssatz verletzt sein soll, nicht ziehen läßt. Auch die Auffassung des BVerfG [2], daß die Rechtskraft und Rechtssicherheit für die Rechtsstaatlichkeit von so zentraler Bedeutung seien, daß um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden müsse, vermag diese Bedenken nicht auszuräumen. Daß die Rechtskraft und Rechtssicherheit unter den Begriff der Rechtsstaatlichkeit gerechnet werden müssen, soll für das folgende unterstellt werden, obwohl die Unterstellung, wie auch die Rechtsstaatlichkeit selbst im Grundgesetz nicht

---

1) BVerfGE: 4/1 (6 f.); 9/213 (223).
2) BVerfgE: 2/380 (403); 3/4 (11); 5/22 (23).

genannt sind; denn nach richtiger Auffassung ist eine vollständige Wiedergabe dieses Ideenkreises im GG nicht enthalten [1].

Die Rechtssicherheit verlangt einen gere gelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens sowie auch einen Abschluß, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist. Die dabei möglicherweise auftretenden Kollisionen zwischen der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sollen nach RADBRUCH [2] dahin zu lösen sein, daß das positive durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmässig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit so unerträglich ist, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen hat.- Diesen Ausführungen kann man nach der hier vertretenen Auffassung nur soweit zustimmen, als das durch Satzung und Macht gesicherte Recht unzweckmässig ist, d.h. die Einstellungen und Einrichtungen der Mittel nicht geeignet sind, das Ziel zu erreichen [3], da eine unzweckmässige Regelung nicht notwendig eine Ungerechtigkeit zu enthalten braucht. Eine Vorschrift, die eine Ungerechtigkeit enthält, mag sie auch verhältnismässig gering sein, und dadurch ungerechte Regelung herbeiführt, die wiederum Ungleichheiten schaffen, kann auch nicht aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten aufrechterhalten bleiben. Die Rechtssicherheit verlangt klare Verhältnisse. Diese können aber nur erreicht werden wenn jedermann die Sicherheit hat, daß die auf ihn angewandte Vorschrift keine Ungerechtigkeit schafft, und er, falls dieses doch geschehen sollte, die Möglichkeit hat, eine Beseitigung dieser Ungerechtigkeit zu erreichen. Mit Recht stellt darum BETTERMANN [4] fest, dass es dem BVerfG bei seinen Entscheidungen 5) darum ging, klarzustellen, dass nicht jede Abweichung von einer Rechtsnorm, einer Rechtsregel oder einem Rechtsgrundsatz in einer gerichtlichen Entscheidung schon einen die Verfassungsbeschwerde rechtfertigenden Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstelle, weil sonst die Verfassungsbeschwerde

---

1) Maunz, Staatsrecht S.57 f. v.Mangoldt-Klein Art.2o Anm.VI 2.
2) Radbruch S.353.
3) Brugger S.393.
4) Bettermann in DVBl. 55/24 (II 2)

zu einer Superrevision und das BVerfG zu einem obersten Rechtsmittelgericht werden würde. Dieses sind rein praktikable Gründe, die jedoch nicht durchschlagen.

Soweit die Verfassungsbeschwerde zu einer Superrevision werden kann, ist dieser Auffassung zuzustimmen; streng genommen muss man sogar sagen, dass die Verfassungsbeschwerde zu einer solchen führt, wenn man darunter eine übergeordnete oder zusätzliche Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen in rein rechtlicher Hinsicht versteht; allerdings mit der Beschränkung auf rein verfassungsrechtliche Fragen. Nicht richtig ist aber die Abwertung, die heute gemeinhin in diesem Ausdruck liegt; denn das BVerfG ist ja gerade für eine "Superrevision" errichtet worden und wenn man ihm diese Zuständigkeit und Aufgabe aberkennt, spricht man ihm damit gleichzeitig einen wesentlichen Teil seines Arbeitsgebietes und gleichzeitig der Verfassung ihre aktuelle Schutzkraft ab. Daß in einer Verfassungsbeschwerde Gefahren liegen können, indem eine Unzahl von Beschwerden erhoben werden, ist nicht von der Hand zu weisen. Deshalb aber die Einrichtung der "Superrevision" zu verneinen, wäre mindestens ebenso gefährlich. Diese Gefahren werden im übrigen auch dadurch eingeschränkt, dass die Beschwerden nach § 9o Abs.2 BVerfG erst im Anschluß an den gesamten vorgesehenen Instanzenzug erhoben werden können. Die Beschwerden werden dann auch nicht sogleich durch einen Senat in voller Besetzung untersucht, sondern zunächst entscheidet nach § 91 a BVerfGG ein Vorprüfungsausschuss, der aus drei Richtern besteht und die Beschwerde ggfls. im vereinfachten Verfahren nach § 24 BVerfGG verwirft. Aus denselben Gründen ist es dann auch ausgeschlossen, daß das BVerfG zu einem obersten Rechtsmittelgericht in negativer Hinsicht wird.

L e b e n s l a u f

Am 17. Mai 1934 wurde ich als zweiter Sohn des Kaufmanns Werner Schubach und seiner Ehefrau Cölestine geb. Becker in Hagen/Westf. geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Ostern 1946 wurde ich nach bestandener Aufnahmeprüfung in die erste Sexta des Staatlichen Albrecht-Dürer-Gymnasiums in Hagen aufgenommen, die nach dem Zusammenbruch des 3. Reiches eingerichtet wurde. Nach neunjährigem Schulbesuch dieses vollhumanistischen Gymnasiums bestand ich am 25. Februar 1955 die Reifeprüfung.
Vom Wintersemester 1955/56 bis zum Wintersemester 1956/57 studierte ich an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Jura. Im Sommersemester 1957 setzte ich dieses Studium an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg i.Brsg.fort. Vom Wintersemester 1957/58 bis zum Wintersemester 1959/6o studierte ich wieder an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster. Am 2o. Februar 196o habe ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung bestanden.

Hagen, 5. November 1964

Hans Schubach